

RESOLUCIÓN

(Expte. S/0227/10 ATR ENDESA)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 28 de mayo de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0227/10 ATR ENDESA que trae causa en el oficio remitido por la CNE a raíz del escrito de consulta presentado por la Asociación de Promotores y Productores de Energías Renovables de Andalucía (APREAN).

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1 El 20 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación remitió al Consejo propuesta de archivo en el expediente S/0227/10 ATR ENDESA en la que se narran los siguientes antecedentes sobre la cuestión:
 - (1) *Con fecha 10 de febrero 2010 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un oficio acompañado de dos informes remitidos por la Comisión Nacional de la Energía (CNE) en el ejercicio de lo establecido en la función Duodécima de la Disposición Adicional Undécima. Tercera.1 de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos. Los informes habían sido motivados a raíz de una consulta con fecha 27 de mayo de 2009 elevada a la CNE por la Asociación de Promotores y Productores de Energías Renovables de Andalucía (APREAN) sobre la presunta legalidad de que por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN se les exigiese el justificante bancario del pago de un estudio previo de viabilidad para determinar las condiciones de conexión como requisito previo para aceptar su solicitud de acceso y conexión a la red de distribución (folios 2 y 3).*
 - (2) *En el primer informe, de fecha 17 de septiembre de 2009, el Consejo de la CNE daba respuesta a la consulta elevada por APREAN, afirmando que entre la normativa que regula el sector eléctrico no aparece la obligación de pago del coste de un estudio de viabilidad como requisito para poder realizar la solicitud de acceso y conexión a la red de distribución (folios del 11 al 16).*
 - (3) *En el segundo informe, de fecha 21 de enero de 2010, la CNE reflexiona sobre la posible vulneración, por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN, de la normativa sobre competencia, señalando la posible infracción de los artículos 2.2.e y 3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) y los artículos 5, 8, 15 y 16 de la Ley 3/1991 de*

Competencia Desleal en tanto esta práctica pudiese consistir en aprovechar la situación de dependencia económica de las empresas integradas en la Asociación denunciante (folios del 18 al 27).

- 2 La Asociación de Promotores y Productores de Energías Renovables de Andalucía (APREAN) es una entidad con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro que integra y representa los intereses de los productores de régimen especial establecidos en Andalucía, empresas que operan en todos los segmentos de generación: eólica, fotovoltaica, termo-solar, termoeléctrica, biomasa e hidráulica, así como desarrollo y fabricación de biocombustibles (folios del 42 al 61).

Endesa Distribución Eléctrica S.L.U. es una empresa del grupo ENDESA participada al 100% por la sociedad ENDESA RED SA. Su objeto social es el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica. Gestiona la red de distribución de energía eléctrica en Andalucía, Cataluña, Baleares, Aragón, Canarias y Extremadura (folios 125 al 130).

- 3 A partir de la información facilitada por la CNE y de la requerida a Endesa Distribución, la Dirección de Investigación ha realizado el siguiente análisis sobre las supuestas conductas y su compatibilidad con los artículos 2 y 3 de la norma, que son lo que en opinión de la CNE serían susceptibles de vulnerarse en este caso:

“2.4.1. Artículo 2

- (24) *El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*
- (25) *La aplicación de este artículo requiere, en primer lugar, demostrar que la empresa denunciada ostenta una posición de dominio en el mercado de referencia.*
- (26) *Teniendo en cuenta que la distribución se caracteriza por ser una actividad en monopolio natural, no cabe duda de que ENDESA ostenta una posición de dominio en aquellas zonas en las que se encuentran sus redes y donde es, por tanto, la única distribuidora de la zona. Analizada la posición de dominio, procede a continuación analizar la posible existencia de un abuso para determinar la existencia de una infracción del artículo 2.*

2.4.1.1. Sobre la necesidad del estudio de viabilidad

- (27) *En el informe de la CNE de 21 de enero de 2010 se considera que ENDESA DISTRIBUCIÓN, en calidad de gestor de la red de distribución eléctrica en régimen de monopolio, al exigir el pago del coste del estudio de viabilidad previo al acceso y conexión a la red estaría ejerciendo abuso de su posición de dominio, imponiendo a los solicitantes del acceso y conexión a la red prestaciones suplementarias que no tendrían relación con el objeto del contrato. Por tanto, el primer punto es verificar si el estudio de viabilidad previo a la conexión está contemplado reglamentariamente, si hay necesidad de efectuar el mismo y si es el propio gestor de la red de distribución el que lo ha de realizar.*
- (28) *En relación con la previsión normativa del estudio de viabilidad, el artículo 40 del Real Decreto 1995/2000 de 1 de diciembre por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización*

de instalaciones de energía eléctrica señala que una de las funciones de cada gestor de la red es “la de analizar las solicitudes de conexión a la red de distribución de su zona y condicionar, en su caso, el acceso a la red cuando no se disponga de capacidad suficiente o se incumplan los criterios de fiabilidad y seguridad establecidos reglamentariamente”. Y en el artículo 66.2 del mismo Real Decreto se señala que “la solicitud de acceso a la red de distribución contendrá la información necesaria para la realización, por parte del gestor de la red de distribución de la zona, de los estudios para establecer la existencia de capacidad de acceso”.

- (29) El estudio del punto de conexión a la red de distribución, tal como lo describe ENDESA DISTRIBUCIÓN, es el examen de las condiciones físicas del acoplamiento de las instalaciones de generación a la red de distribución existente. A partir de dicho examen se puede determinar la viabilidad de inyectar en un nudo concreto de la red la potencia que solicita evacuar el generador, tendiendo presente los escenarios reales y previstos, garantizando de esta manera el cumplimiento de los criterios técnicos y las garantías de seguridad, calidad y fiabilidad de los suministros. De una manera más concreta y detallada, el estudio consiste en: i) análisis de la situación actual de la red, ii) análisis de puntos de conexión alternativos en defecto del punto de conexión inicialmente solicitado, iii) estudio del cumplimiento de los criterios de fiabilidad, iv) definición de los escenarios de la demanda, v) configuración de los escenarios de generación y v) adecuación del escenario del estudio a la configuración topológica normal de explotación de la red (folios del 147 al 151).
- (30) Para llevar a cabo estos estudios de viabilidad ENDESA DISTRIBUCIÓN emplea varios simuladores: el Power System Simulator for Engineering para conexiones que se vayan a realizar a la red de alta tensión, el CYME para la conexión a la red de baja y media tensión y ANARED para subestaciones de alta y media tensión. Según ENDESA DISTRIBUCIÓN, estos simuladores sólo pueden ser empleados por personal debidamente cualificado, y con amplia experiencia en análisis de comportamientos de redes (folio 148).
- (31) De hecho, el artículo 6.1 de la Orden de 8 de julio de 2005 de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía señala que “el gestor de la red realizará el estudio de viabilidad de acceso para cada solicitud recibida, determinando la existencia de suficiente capacidad de acceso y condiciones técnicas del punto requerido, junto con las modificaciones, refuerzos e instalaciones a efectuar en la red, o bien la dificultad de acceso en ese punto, en cuyo caso incluirá otra alternativa plenamente justificada.” (folios del 336 al 338).
- (32) A esto se pueden de añadir resoluciones judiciales que se han ido produciendo en relación con el asunto de la conexión a la red, como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia 959/2004 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), que afirmó que “Del conjunto de la prueba practicada y en especial de la prueba pericial, cabe estimar suficientemente probado y razonablemente pertinente que los estudios previos o proyecto son necesarios para realizar la conexión a la red de un grupo de cogeneración” (folio 144).
- (33) De todo lo anterior se deduce que existe la necesidad de realizar estudios previos de viabilidad y que no puede considerarse como una prestación suplementaria impuesta

por el gestor de la red en detrimento de los intereses legítimos de los productores de energía eléctrica en régimen especial, sino que estos estudios son fundamentales e imprescindibles, y reglamentariamente preceptivos, como en el caso concreto de Andalucía, para conocer la capacidad de acceso a la red y garantizar los criterios de fiabilidad y seguridad de suministro eléctrico, que es una de las obligaciones del gestor de la red.

2.4.1.2. Sobre el sujeto responsable del pago del estudio.

- (34) El otro aspecto a determinar es quién debe soportar el coste del estudio. El marco regulatorio actual no concreta, sin embargo, este aspecto. La Ley 54/1997 de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, simplemente señala que “la retribución de la actividad de distribución se establecerá reglamentariamente y permitirá fijar la retribución que haya de corresponder a cada sujeto atendiendo a los siguientes criterios: costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, energía circulada, modelo que caracterice las zonas de distribución, los incentivos que correspondan por la calidad del suministro y la reducción de las pérdidas”.*
- (35) El Real Decreto 661/2007, en su disposición adicional decimotercera menciona que serán los operadores de las redes los que elevarán al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (MITyC) una propuesta “de los mecanismos tipo de reparto de gastos y costes a aplicar a los productores en régimen especial [...] como consecuencia de la ejecución de instalaciones de conexión y refuerzo o modificaciones de red requeridos para asignarles capacidad de acceso a la red. La disposición adicional decimocuarta del mismo RD señala que “los titulares de las redes de transporte y distribución facilitarán en todo caso al solicitante del punto de conexión [...], con criterios de mercado, una estimación completa y detallada de los costes derivados de la conexión, incluyendo en su caso el refuerzo y modificaciones de la red”. Finalmente el punto 8 del ANEXO XI del mismo Reglamento señala que “Los gastos de las instalaciones necesarios para la conexión serán, con carácter general, a cargo del titular de la central de producción”. Por tanto se observa que el regulador a este respecto no ha establecido con precisión a quién corresponde cada uno de los diversos gastos relacionados con el acceso y conexión a la red de distribución.*
- (36) Por su parte, en el informe preceptivo nº 3/2007 de 14 de febrero relativo a la propuesta del Real Decreto 661/2007 emitido por la CNE se aconsejó que “en la propuesta de Real Decreto se debería incluir que los gastos del estudio de viabilidad del acceso a la red se consideran como gastos de conexión. El gestor de la red deberá percibir del solicitante los gastos de estudio de viabilidad” (folio 334).*
- (37) Asimismo, algunas Comunidades Autónomas (Resolución Num. 27995 de 2 de enero de 2010 de la Dirección General de Energía de la Consejería de Comercio, Industria y Energía del Gobierno de las Islas Baleares) en el ejercicio de sus competencias han procedido a reglamentar el coste de los estudios de viabilidad previos al acceso o conexión como ha sido el caso de las Islas Baleares, donde la Consejería de Comercio, Industria y Energía en la Resolución 27995/2010, en la que se fija el procedimiento para conexión de productores en régimen especial en Baleares, se señala que “una vez entregada la memoria, se informa al solicitante del coste del estudio técnico, que debe abonar antes de la realización del mismo”. Igualmente la Dirección General de*

Energía y Minas del Gobierno de Aragón en un escrito dirigido al Ministerio de Industria Turismo y Comercio argumenta que es “razonable y necesario el cobro del estudio de viabilidad para los solicitantes de conexión a la red de distribución” (folio 188).

- (38) No existe, pues, una norma de ámbito estatal que expresamente establezca que el solicitante de acceso y conexión a la red de distribución deba abonar el coste de un estudio previo de viabilidad. Hay, por el contrario, normas reglamentarias adoptadas por algunas autoridades competentes de CCAA que señalan la obligación de que el productor en régimen especial abone al gestor de la red el coste de elaboración del estudio previo de viabilidad. A esto se une el criterio que en su día expuso la propia CNE que proponía que el Real Decreto 661/2007 incluyese que los gastos del estudio de viabilidad del acceso a la red se consideraran como gastos de conexión.
- (39) ENDESA DISTRIBUCIÓN argumenta que de no cobrar el coste del estudio previo de viabilidad se consideraría un caso de “enriquecimiento injusto” (folio 141) o una situación de no aplicación del principio de “convictio por expensas”, ya que supondría un beneficio involuntario para el productor de régimen especial en detrimento patrimonial suyo. En la Sentencia de la Sala 1ª TS de 17-2-1994 se señala sobre el enriquecimiento injusto que “la doctrina jurisprudencial que veda el enriquecimiento injusto..., va encaminada a evitar un lucro contrario a la equidad, se refiere a adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una causa válida de atribución, siendo la noción «sin causa» de la atribución, como observa la Sentencia de 28 enero 1956 (RJ 1956, 669), la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta”. A la vista de esta definición jurisprudencial, si bien puede considerarse excesiva la calificación realizada por ENDESA DISTRIBUCIÓN de que se produciría un “enriquecimiento injusto” a favor de los productores de energía eléctrica en régimen especial si no requiriese el cobro del coste del estudio, sí es cierto que se generaría un coste adicional del que se vería imposibilitado de repercutir por la prestación de un servicio que ha quedado probado como necesario.
- (40) Adicionalmente, en su escrito de respuesta al requerimiento de información ENDESA DISTRIBUCIÓN informó que, atendiendo al mandato recogido en la Disposición Adicional 13ª del RD 661/2007, entregó a la Dirección General de Política Energética y Minas del MITyC el 30 de mayo de 2008 su propuesta de reparto de gastos y costes a aplicar a los productores en régimen especial en relación con la ejecución de instalaciones de conexión y refuerzo de red requeridos, distinguiendo entre gastos que debía soportar la distribuidora y los que no, e incluyendo entre los que quedaban por cuenta de la otra parte los costes derivados de realizar el estudio de viabilidad, sin que el MITyC emitiera valoración alguna al respecto (folios 150 y 151).

2.4.1.3 Sobre la exigencia y coste del estudio.

- (41) ENDESA DISTRIBUCIÓN declara haber prestado “un similar tratamiento a las diferentes solicitudes que se han producido, comprensivo de productores en régimen especial y régimen ordinario” (folios 153 y del 173 al 180), sin haber practicado un trato desigual y discriminatorio en perjuicio de los productores en régimen especial. Igualmente justifica la diferencia de coste entre el estudio para una conexión a la red

de baja tensión y uno para una conexión a la red de alta/media tensión, en razón del mayor número de horas y mayor dedicación que implica el estudio en este último caso, al ser mayor el volumen de datos a tratar, así como la complejidad de las redes a analizar (folios 151 y 152).

2.4.1.4 Conclusión.

- (42) *A la vista de lo anterior, y en relación con la posible vulneración del artículo 2.e de la Ley 15/2007, cabe concluir que no se aprecia abuso de posición dominante en el comportamiento de ENDESA DISTRIBUCIÓN ya que el estudio previo de viabilidad i) es necesario para garantizar un correcto acceso y conexión a la red de distribución conforme señala la reglamentación existente y las sentencias de varios Tribunales de Justicia antes citadas, por lo que no podría hablarse de una prestación suplementaria sin relación con el contrato ii) el abono de su coste se exige por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN a todo solicitante de acceso y conexión a la red de distribución sin diferenciar si se trata de productores en régimen especial u ordinario o si se trata de productores de su mismo grupo o no iii) este procedimiento se aplica en todas las zonas en las que ENDESA DISTRIBUCIÓN gestiona la red de distribución y iv) las cantidades fijadas como precio del estudio (928 euros para Baja Tensión, 1.044 euros para Media Tensión y 1.740 euros para Alta Tensión, IVA incluido) parecen tener correlación con los distintos escenarios de conexión a la red, sin que se perciba una situación de explotación de una posición ventajosa a favor del gestor de la red.*

2.4.2. Artículo 3

- (43) *El artículo 3 de la LDC prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. La aplicación de este artículo requiere, por tanto, no sólo que los hechos denunciados constituyan un acto de competencia desleal, sino también que estas conductas provoquen el falseamiento de la libre competencia y que afecten al interés público.*
- (44) *La CNE, reconociendo que desconoce si “la práctica puesta en conocimiento del regulador y desarrollada por ENDESA DISTRIBUCIÓN es una práctica generalizada, es decir, si la exigencia de cobros para estudios previos de viabilidad sobre el acceso solicitado es de aplicación a todo sujeto que solicita el acceso o únicamente ENDESA DISTRIBUCIÓN estaría reclamando tal pago a los productores en régimen especial” (folio 23) argumenta que con el cobro del coste del estudio se podría estar ejerciendo un comportamiento discriminatorio tal y como se define en el artículo 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: “Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que pueden encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad”.*
- (45) *Asimismo la CNE señala la posible infracción por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN de los artículos 5, 8 y 15 de la antes mencionada ley, al no estar previsto el cobro del estudio de viabilidad de manera explícita en la normativa estatal y considerar que este coste actúa como una barrera de entrada a la red de distribución.*
- (46) *Con el fin de poder determinar si la conducta descrita se puede enmarcar en lo tipificado en la norma, la propia Ley de Competencia Desleal en su artículo 2 señala*

que “se considerarán actos de competencia desleal los que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, entendiéndose por concurrencial cuando el acto que se realice se revele objetivamente idóneo para asegurar o promover la difusión en el mercado de las prestaciones”.

- (47) *Enlazando con la anterior definición y a partir de la documentación recabada, está acreditado que ENDESA DISTRIBUCIÓN exige a todos los solicitantes de acceso y conexión a la red de distribución el pago del coste del estudio previo de viabilidad en todas las zonas en las que es gestor de la red (folio 153 y del 173 a 180), sin, en apariencia, discriminar a unos solicitantes frente a otros. No se desprende de ello que sus acciones tengan un fin concurrencial como para ser consideradas competencia desleal, más aún cuando la exigencia de abonar el coste del estudio de viabilidad se extiende a las propias empresas de su grupo empresarial como ha quedado acreditado en la factura a ENDESA GENERACION que obra en el expediente (folio 176).*
- (48) *Igualmente, dada la naturaleza del estudio a realizar y su necesidad técnica, tampoco parece que pueda considerarse el comportamiento de ENDESA DISTRIBUCIÓN como una barrera de entrada ni que obre de mala fe en detrimento de los productores en régimen especial, como dispone el artículo 5 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.*
- 4 A la vista de todo lo actuado y de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, la Dirección de Investigación propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley.
- 5 El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 26 de mayo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007.

SEGUNDO. El Consejo de la CNC considera que la propuesta de la Dirección de Investigación analiza correctamente los hechos y plantea una adecuada valoración jurídica de los mismos, por lo que, estando de acuerdo en que no hay indicios de infracción, ha decidido la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones conforme a lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación contra Endesa Distribución Eléctrica S.L.U por supuestas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 2 y 3 de la LDC, por considerar que en los hechos que se denuncian no se aprecian indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y a la Comisión Nacional de la Energía y notifíquese a Endesa Distribución Eléctrica S.L.U y a la Asociación de Promotores y Productores de Energías Renovables de Andalucía, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.