

RESOLUCIÓN

LUMINORA

S/0003/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 20 de diciembre de 2023

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de referencia incoado contra LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. su matriz SOLTEC DEVELOPMENT, S.A. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	3
2. LAS PARTES	6
2.1. SHARK POWER, S.L. (SHARK POWER).....	6
2.2. LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. (LUMINORA) Y SOLTEC DEVELOPMENT, S.A.....	6
3. DEFINICIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA	7

3.1. Mercado del producto	7
3.1.1. Marco normativo	7
3.1.1.1. Introducción. El sector eléctrico	7
3.1.1.2. Normas de acceso y conexión a la red de transporte	8
3.1.1.3. Procedimiento de acceso al nudo.....	11
3.1.1.4. El Interlocutor Único de Nudo (IUN)	17
3.1.2. Definición de mercado	22
3.2. Mercado geográfico.....	26
4. HECHOS ACREDITADOS	28
4.1. En el ámbito del conflicto de acceso CFT/DE/134/20	28
4.2. Estado actual en el nudo.....	45
4.3. Cronología de los principales hechos acreditados.....	46
5. FUNDAMENTOS DE DERECHO	47
5.1. Competencia para resolver.....	47
5.2. Normativa aplicable.....	47
5.3. Propuesta del órgano instructor	47
5.4. Valoración de la Sala de Competencia	48
5.4.1. Competencia de la CNMC	48
5.4.2. Posición de dominio	51
5.4.2.1. Principios generales.....	51
5.4.2.2. Aplicación al caso: posición de dominio de LUMINORA como IUN del nudo FAUSITA 400 kV	54
5.4.3. Conducta abusiva	59
5.4.3.1. Principios generales.....	59
5.4.3.2. Abuso discriminatorio.....	62
5.4.3.3. Abuso exclusionario	65
5.4.3.4. Aplicación al caso	68
5.4.3.4.1. Abuso discriminatorio.....	68
5.4.3.4.2. Abuso exclusionario	80
5.4.3.5. Conclusión	83
5.4.4. Efectos en el mercado	85
5.4.4.1. Principios generales.....	85
5.4.4.2. Aplicación al caso	86
5.4.5. Calificación de la infracción	88

5.4.6. Responsabilidad y culpabilidad.....	89
5.4.7. Respuestas a alegaciones no abordadas previamente.....	93
5.4.7.1. Sobre las referencias a la resolución del conflicto de acceso CFT/DE/134/20	93
5.4.7.2. Sobre la pretendida ausencia de culpabilidad	95
5.4.7.3. Sobre la inexistencia de abuso por la pretendida incompatibilidad de la figura del IUN con el Derecho de la UE	97
5.4.7.4. Solicitud de vista oral	99
5.4.7.5. Solicitud de práctica de prueba.....	99
5.5. Determinación de la sanción.....	101
5.5.1. Criterios de imposición de las multas	101
5.5.1.1. Principios generales.....	101
5.5.1.2. Aplicación al caso	102
5.5.2. Multa	107
5.6. Prohibición de contratar.....	108
6. RESUELVE.....	109

1. ANTECEDENTES

- (1) El 31 de agosto de 2020, SHARK POWER REN 4, S.L., SHARK POWER REN 5, S.L., SHARK POWER REN 6, S.L., SHARK POWER 7 REN, S.L., SHARK POWER REN 8, S.L., SHARK POWER REN 9, S.L. y SHARK POWER REN 10, S.L. (en adelante, conjuntamente **SHARK POWER**), plantearon **conflicto de acceso** a la red de transporte de energía eléctrica de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA (**REE**) frente a LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. (en adelante, **LUMINORA**) en relación con el derecho de acceso de las plantas fotovoltaicas de su titularidad “NARVAL”, “BELUGA”, “YUBARTA”, “MARSOPA”, “MARLIN”, “BARRACUDA”, “TINTORERA”, “ORCA”, “CACHALOTE”, “PIRAÑA”, “ESTURIÓN” y “SILURO” de 50,01 megavatios (MW) cada una, en la subestación del nudo FAUSITA 400 kilovatios (kV).
- (2) El 5 de octubre de 2020, la Dirección de Energía acordó el inicio del correspondiente expediente con número de referencia CFT/DE/134/20.
- (3) Al amparo del artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) y del artículo 14.2, letra d) del Estatuto Orgánico de la CNMC (**Real Decreto 657/2013**), el 6 de julio de 2021, la Sala de Competencia acordó informar sin observaciones la propuesta de Resolución en el citado conflicto, sin perjuicio de analizar los

hechos en el marco de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

- (4) El 8 de julio de 2021, la Resolución de Sala de Supervisión Regulatoria (**SSR**) de la CNMC **estimó el conflicto de acceso** a la red de transporte de referencia CFT/DE/134/20 planteado por SHARK POWER.
- (5) A la vista de la Resolución de la SSR de la CNMC en el expediente CFT/DE/134/20, con objeto de determinar la posible concurrencia de indicios que justificasen la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia de la CNMC (**DC**) acordó el 8 de julio de 2021 llevar a cabo una **investigación preliminar** con número de referencia DP/021/21.
- (6) El 16 de julio de 2021, se remitió **requerimiento de información** a LUMINORA, en su condición de Interlocutor Único de Nudo (**IUN**) en la subestación del nudo FAUSITA 400 kV durante el procedimiento de acceso que dio lugar al conflicto antes citado (folios 1 a 7 del expediente de referencia). El requerimiento fue contestado por LUMINORA el 29 de julio de 2021 (folios 8 a 169).
- (7) El 20 de enero de 2023, la DC remitió **requerimiento de información** a SHARK POWER, como empresa afectada que planteó el conflicto de acceso CFT/DE/134/20. El requerimiento fue contestado por SHARK POWER el 14 de febrero de 2023 (folios 170 a 283).
- (8) EL 27 de febrero de 2023, se trasladaron todas las actuaciones realizadas durante la investigación preliminar DP/021/21 al expediente de referencia S/0003/23. Ese mismo día, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, la DC acordó la **incoación** del procedimiento sancionador S/0003/23, contra LUMINORA y su matriz SOLTEC DEVELOPMENT, S.A. (**SOLTEC**), por una presunta infracción del artículo 2 de la LDC (folios 284 a 289.1).
- (9) El 1 de marzo de 2023, se procedió a notificar a LUMINORA, REE y SHARK POWER el acuerdo de incorporación al expediente de referencia de determinados documentos del mencionado CFT/DE/134/20, por considerarse relevantes para analizar los hechos desde la perspectiva de la normativa de competencia, otorgando un plazo de cinco días para la presentación de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), (folios 290 a 966).
- (10) El 9 de marzo de 2023, en respuesta al citado acuerdo, REE presentó un escrito por el que se remitía a las alegaciones emitidas en el ámbito del mencionado CFT/DE/134/20 (folios 1197 a 1209).
- (11) El 4 de abril de 2023, la DC remitió una solicitud de información a LUMINORA (folios 1252 a 1254.4), que fue contestada el 24 de abril de 2023 (folios 1255 a 1266).

- (12) El 5 de junio de 2023, fue notificado a LUMINORA el **Pliego de Concreción de Hechos (PCH)** (folios 1275 a 1336). LUMINORA formuló alegaciones al mismo que tuvieron entrada en la CNMC el 13 de julio de 2023 (folios 1375 a 1447).
- (13) El 26 de junio de 2023, se notificó requerimiento de información a LUMINORA y SOLTEC respecto de su volumen de negocios (folios 1360 a 1365), que fue contestado el 14 de julio de 2023 (folios 1452 a 1459).
- (14) El 25 de julio de 2023, se notificó un segundo **requerimiento de información a LUMINORA y SOLTEC respecto de su volumen de negocios** (folios 1464 a 1466.1) que fue contestado el 27 de agosto de 2023 (folios 1476 a 1481).
- (15) El 1 de septiembre de 2023, se notificó un tercer requerimiento de información a SOLTEC respecto de su volumen de negocios (folios 1482 a 1484.1), que fue contestado el 22 de septiembre de 2023 (folios 1485 a 1490).
- (16) El 27 de septiembre de 2023, conforme al artículo 33.1 del RDC, la DC acordó el **cierre de la fase de instrucción** del procedimiento (folio 1493).
- (17) El 28 de septiembre de 2023, se dictó la **Propuesta de Resolución** (folios 1495-1605) en la que la DC proponía sancionar a LUMINORA por incurrir en un abuso de posición de dominio, en el sentido del artículo 2 de la LDC, consistente en prevalerse de su doble condición de (i) tramitador necesario de las solicitudes de acceso, en tanto que IUN del nudo FAUSITA 400 kilovatios (kV) y (ii) promotor de proyectos de generación renovable que requerían el acceso a dicho nudo, para priorizar la tramitación de acceso a la red de sus propios proyectos en detrimento de proyectos de SHARK POWER que competían con los de LUMINORA por la capacidad disponible en dicho nudo.
- (18) El 8 de noviembre de 2023, se recibieron las **alegaciones** de LUMINORA a la propuesta de resolución (folios 1621 a 1685).
- (19) El 10 de noviembre de 2023, la DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su **Informe y Propuesta de Resolución**.
- (20) El 13 de diciembre de 2023, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptó un acuerdo por el que se solicitaba **informe a la SSR** en relación con el presente expediente, de conformidad con el artículo 21.2 b) de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**). El 15 de diciembre de 2023, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC emitió el informe respectivo (folio 1688).
- (21) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de diciembre de 2023.

2. LAS PARTES

2.1. SHARK POWER, S.L. (SHARK POWER)

- (22) SHARK POWER¹ tiene por objeto el desarrollo, construcción, montaje, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de plantas de energía renovable, así como la producción y venta de electricidad obtenida mediante la explotación de dichas plantas.
- (23) Fue constituida el 27 de mayo de 2020, siendo su administrador único SHARK POWER, S.L., y la matriz última ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., que a su vez es apoderada de SHARK POWER REN 4, S.L.².
- (24) SHARK POWER REN 4, S.L., cuenta con un capital social de 3.000 €³.
- (25) SHARK POWER, que promovía 12 proyectos de instalaciones⁴, interpuso el conflicto de acceso CFT/DE/134/20.

2.2. LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. (LUMINORA) Y SOLTEC DEVELOPMENT, S.A.

- (26) LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. (**LUMINORA**), fue constituida el 12 de febrero de 2020 y su objeto social es la promoción y realización de proyectos de instalaciones de producción de energía eléctrica, que utilizan como energía la solar o fotovoltaica. Cuenta con un capital social de 3.000 €⁵.
- (27) LUMINORA pertenece a SOLTEC DEVELOPMENT, S.A. (anteriormente denominada POWERTIS, S.A.), titular del 100% de sus acciones, y que cuenta con un capital social de 5.600.000 €.⁶
- (28) LUMINORA actúa como IUN de la subestación del nudo FAUSITA 400 kV desde el día 27 de julio de 2020 y es directamente la promotora de la instalación FV Islas Menores I de 50 MW e indirectamente de otras cuatro instalaciones fotovoltaicas de 50 MW cada una (FV Islas Menores II, FV Islas Menores III, FV

¹ En concreto, SHARK POWER REN 4, S.L., SHARK POWER REN 5, S.L., SHARK POWER REN 6, S.L., SHARK POWER 7 REN, S.L., SHARK POWER REN 8, S.L., SHARK POWER REN 9, S.L. y SHARK POWER REN 10, S.L.

² Información disponible en la base de datos Informa, e incorporada al expediente de referencia (folios 968 a 1001 y 1069 a 1113 de referencia).

³ Información disponible en la base de datos Informa, e incorporada al expediente de referencia (folios 1080 a 1095).

⁴ Las plantas fotovoltaicas de su titularidad "NARVAL", "BELUGA", "YUBARTA", "MARSOPA", "MARLIN", "BARRACUDA", "TINTORERA", "ORCA", "CACHALOTE", "PIRAÑA", "ESTURIÓN" y "SILURO", de 50,01 MW cada una.

⁵ Información disponible en la base de datos Informa, e incorporada al expediente (folios 1022 a 1038).

⁶ Información disponible en la base de datos Informa, e incorporada al expediente de referencia (folios 1039 a 1068).

Islas Menores IV y FV Islas Menores V), propiedad de otras tantas sociedades del mismo grupo empresarial antes denominado Powertis.⁷

3. DEFINICIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA

3.1. Mercado del producto

- (29) Las conductas investigadas están relacionadas con el mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica en determinados nudos⁸, con efectos en el mercado conexo de generación de energía eléctrica y que afectan, en este caso particular, al acceso a la red de transporte en la subestación FAUSITA 400 kV.
- (30) En consecuencia, a continuación, se analiza el marco normativo que regula el procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica, así como su desarrollo.

3.1.1. Marco normativo

3.1.1.1. Introducción. El sector eléctrico

- (31) Desde la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (**LSE**), el sector eléctrico está caracterizado por la convivencia de actividades ejercidas en régimen de libre competencia y actividades reguladas.
- (32) Así, de conformidad con el artículo 8 de la actual LSE, las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, ejercidas en régimen de monopolio natural propio de las industrias de red, así como la operación del sistema y la operación del mercado, se prestan bajo un régimen económico y de funcionamiento regulado. Mientras que las actividades de generación, producción y comercialización de energía eléctrica, así como los servicios de recarga energética, se desarrollan en régimen de libre competencia.
- (33) La actividad de generación de electricidad consiste en la transformación de una fuente de energía primaria (térmica, eólica, solar, hidráulica, etc.) en energía eléctrica. Un caso particular de este tipo de actividades es la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, actividad que se encuentra regulada, entre otras normas, por el Real Decreto 413/2014, de 6 de

⁷ Junto con las otras empresas del grupo: LUMINORA SOLAR TRECE, S.L., LUMINORA SOLAR CATORCE, S.L., LUMINORA SOLAR QUINCE, S.L. y LUMINORA SOLAR DIECISEIS, S.L., tal y como refiere en contestación a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folio 25).

⁸ El nudo se define como **la unidad que regirá el acceso a la red de transporte eléctrico** según el art.33.7 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE): “Mediante real decreto del Consejo de Ministros se establecerán los criterios objetivos para la inclusión de límites a la capacidad de conexión por nudos al objeto de garantizar la seguridad del suministro” y art. 33.9: “Los gestores de las redes de transporte y distribución harán públicas las capacidades de acceso para cada nudo de su red en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (**RD 413/2014**).

- (34) Por otra parte, de acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto 1955/2000, 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 (**RD 1955/2000**), la actividad de transporte es aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica a través de la red de transporte, con el fin de suministrarla a los distribuidores, a los consumidores finales o para atender los intercambios internacionales.
- (35) A estos efectos, la red de transporte estará constituida por las líneas y parques de tensión igual o superior a 220 kV, las líneas de interconexión internacional, los transformadores 400/220 kV y las interconexiones entre el sistema peninsular y los sistemas insulares y extra peninsulares, así como las conexiones interinsulares⁹.
- (36) De acuerdo con el artículo 30 de la LSE, REE es el operador del sistema eléctrico y gestor de la red de transporte, siendo responsable de garantizar la seguridad y continuidad del suministro eléctrico, del desarrollo y ampliación de la red de transporte y de garantizar el acceso de terceros a dicha red de transporte en condiciones de igualdad¹⁰.

3.1.1.2. Normas de acceso y conexión a la red de transporte

- (37) La existencia de actividades ejercidas en régimen de monopolio natural, como el transporte y la distribución de energía eléctrica, hace que el acceso a estas redes se configure como un derecho que debe garantizarse. Dicho acceso es un elemento fundamental de la liberalización del sector de energía eléctrica y de la existencia de un mercado competitivo, como han confirmado tanto la normativa sectorial española como de la Unión Europea (la **UE** o la **Unión**)¹¹.
- (38) Así queda estipulado en el artículo 8, apartado 3, de la LSE: *“Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta ley y en los términos que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno”*.

⁹ Formarán también parte de la red de transporte aquellas instalaciones para las que, como resultado del proceso de planificación, se determine que tienen funciones de transporte, así como los activos (eléctricos o no) necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones de la red de transporte (artículo 5 del RD 1955/2000).

¹⁰ El 7 de junio de 2022 el grupo cambia su marca comercial a REDEIA para reforzar su posicionamiento como gestor global de infraestructuras esenciales y dar cabida a todos sus negocios. Si bien, la razón social no se ha modificado y continúa siendo Red Eléctrica Corporación, S.A.

¹¹ Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE.

- (39) El artículo 33 de la LSE establece que el **derecho de acceso** es el “*derecho de uso de la red en unas condiciones legal o reglamentariamente determinadas*” y que el **permiso de acceso** es “*aquel que se otorga para el uso de la red a la que se conecta la instalación*”.
- (40) Asimismo, el artículo 33 de la LSE establece que la **concesión de un permiso de acceso** se basará en el cumplimiento de los criterios técnicos de seguridad, regularidad, calidad del suministro, de sostenibilidad y eficiencia económica del sistema eléctrico, establecidos reglamentariamente por el Gobierno o la CNMC según corresponda. La aplicación de estos criterios determinará la existencia o no de capacidad de acceso.
- (41) En la **evaluación de la capacidad de acceso** se deberán considerar, además del propio nudo, todos los nudos con influencia en el que se conecta la instalación, teniendo en cuenta las instalaciones de producción y consumo existentes con permisos de acceso y conexión vigentes. Del mismo modo, en la referida evaluación, la red a considerar será la red de transporte existente o planificada con carácter vinculante o la red de distribución existente o incluida en los planes de inversión aprobados por la Administración General del Estado en unas condiciones determinadas.
- (42) Asimismo, la LSE, en su artículo 33.2 establece que “**El permiso de acceso será otorgado por el gestor de la red de transporte cuando el punto de conexión a la red esté en la red de transporte o por el gestor de la red de distribución cuando el punto de conexión a la red esté en la red de distribución**”. El apartado 4 del citado artículo 33 de la LSE determina que “*el permiso de conexión será otorgado por la empresa transportista o distribuidora titular de la red en que se encuentre el punto para el que se solicita el permiso de conexión*”.
- (43) En el apartado 6 del mismo artículo 33 LSE se subraya que “*En ningún caso podrán establecerse por los sujetos responsables otros mecanismos diferentes de los previstos en los apartados 2 y 4 de este artículo para el otorgamiento de los permisos de acceso y conexión o para la priorización en el otorgamiento de los mismos*”.
- (44) El permiso de acceso detallará las condiciones concretas de uso de la red y **sólo podrá ser denegado por la falta de capacidad de acceso**. Esta denegación deberá ser motivada y deberá basarse en los criterios objetivos que se fijen reglamentariamente respecto de los límites de capacidad, como señala el artículo 33.7 de la LSE. Asimismo, el derecho de acceso podrá ser restringido temporalmente y, del mismo modo, esta restricción deberá ser motivada y deberá basarse en los criterios antes mencionados.
- (45) REE, como transportista y operador del sistema, es el **responsable de la gestión de los procedimientos regulados de acceso** y conexión a la red de transporte y posterior puesta en servicio, de acuerdo con el artículo 37 de la LSE. Los permisos necesarios en cada fase del proceso serán atribuidos por REE como gestor del sistema, de acuerdo con los requisitos técnicos de

seguridad, calidad del suministro, sostenibilidad y eficiencia económica, que establezca la normativa vigente en cada momento.

- (46) A falta del desarrollo reglamentario del artículo 33 LSE, el acceso y conexión a la red y las condiciones de operación para las instalaciones de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, así como el desarrollo de las instalaciones de red necesarias para la conexión y costes asociados, se encontraban, en la fecha en que se llevaron a cabo los hechos analizados en el expediente de referencia, regulados en los anteriormente mencionados RD 1955/2000 y RD 413/2014, así como en el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia (RD 1699/2011), que perseguían el establecimiento de manera transparente de las condiciones de acceso a la red para los nuevos generadores que se instalasen en el sistema liberalizado.
- (47) Posteriormente, al amparo de las normas que forman el marco regulatorio del acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (Real Decreto 1183/2020), vino a regular, en los artículos 4 a 15, aquellos aspectos relativos al acceso y la conexión que se enmarcan en el ámbito competencial del Gobierno.
- (48) Asimismo, el Real Decreto 1183/2020 procedió a derogar determinados artículos del RD 1955/2000¹², entre ellos, el artículo 53 que regulaba el procedimiento de acceso y conexión a la red y el artículo 59 bis relativo a la garantía económica para tramitar la solicitud de acceso a la red de transporte de instalaciones de producción.¹³
- (49) Por otra parte, en los términos previstos en el artículo 6.3 del RD 1183/2020, la Circular 1/2021 de la CNMC¹⁴ ha venido a establecer la metodología y condiciones de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución por parte de los productores de energía eléctrica.

¹² En concreto, los artículos 53, 54, 57, 59-bis, 62, 66 y 66-bis, del Real Decreto 1955/2000.

¹³ Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica:

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Se derogan cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este real decreto, y en particular: Los artículos 53, 54, 57, 59-bis, 62, 66 y 66-bis, del Real Decreto 1955/2000, 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. Los artículos 4.2 y 5 del Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia”.

¹⁴ Circular 1/2021, de 20 de enero de 2021, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica.

- (50) Finalmente, los aspectos técnicos y de detalle se encuentran recogidos en los procedimientos de operación P.O. 12.1 y P.O. 12.2 y los procedimientos de operación homólogos en los territorios no peninsulares.¹⁵

3.1.1.3. Procedimiento de acceso al nudo

- (51) El procedimiento de acceso a un nudo de la red de transporte de energía eléctrica se encontraba regulado en los artículos 53 y 59 bis del RD 1955/2000 (actualmente derogados)¹⁶, que fue desarrollado en el apartado 4.3 del Procedimiento de Operación 12.1 aprobado por Resolución de 11 de febrero de 2005 de la Secretaría de Estado de Energía. Aunque dichos artículos fueron derogados por el Real Decreto 1183/2020, estaban vigentes hasta diciembre de 2020 y resultan de aplicación al expediente de referencia al encontrarse vigentes en la fecha en que acaecieron los hechos analizados.
- (52) A partir de 2019, se establecieron unos criterios de actuación orientados a mejorar la tramitación de solicitudes coordinadas que figuran en la “*Guía descriptiva del Procedimiento de Acceso a la Red*”¹⁷ y en la “*Guía descriptiva del Procedimiento de Conexión a la Red*”¹⁸ que REE pone a disposición de los potenciales solicitantes de acceso en su web corporativa. En dicha web se detalla el procedimiento a seguir por cualquier agente que desee conectarse a la red de transporte o a la red de distribución con afección significativa sobre la red de transporte.
- (53) El procedimiento de acceso y conexión por parte de los promotores de instalaciones de generación renovable se rige básicamente por las mismas normas que el acceso de cualquier otro tipo de generación, con la excepción de las condiciones particulares establecidas en el Anexo XV del RD 413/2014,¹⁹ que prevé que la tramitación de acceso y conexión a la red de transporte se realice de forma conjunta y coordinada a través de la figura del IUN, para aquellos casos en los que varios generadores tengan que compartir punto de conexión:

¹⁵ Disponible en la página web de REE <https://www.ree.es/es/actividades/operacion-del-sistema-electrico/procedimientos-de-operacion>.

¹⁶ Disposición derogatoria del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.

¹⁷ Disponible en la página web de REE: Normativa, guías, formularios y otra documentación | Red Eléctrica de España (www.ree.es).

¹⁸ Disponible en la página web de REE: Normativa, guías, formularios y otra documentación | Red Eléctrica de España (www.ree.es).

¹⁹ Que sustituyó al apartado 5.2 del Anexo XI del Real Decreto 661/2007: “*Cuando varios generadores de régimen especial compartan punto de conexión a la red de transporte, la tramitación de los procedimientos de acceso y conexión, ante el operador del sistema y transportista titular del parque correspondiente, así como la coordinación con éste último tras la puesta en servicio de la generación, deberá realizarse de forma conjunta y coordinada por un Interlocutor Único de Nudo que actuará en representación de los generadores, en los términos y con las funciones que se establezcan*”.

“4. Cuando varios generadores compartan punto de conexión a la red de transporte, la tramitación de los procedimientos de acceso y conexión, ante el operador del sistema y transportista, así como la coordinación con este último tras la puesta en servicio de la generación, deberá realizarse de forma conjunta y coordinada por un Interlocutor Único de Nudo que actuará en representación de los generadores, en los términos y con las funciones que se establezcan”.

- (54) Por tanto, como se verá a continuación, en el caso de las solicitudes de acceso para generación renovable, el procedimiento es fundamentalmente el mismo, con la particularidad de que la tramitación para estas instalaciones, en lugar de realizarse de forma individual por cada solicitante, debe de realizarse de forma conjunta y coordinada a través de la figura del IUN, que actuará en representación de los generadores que compartan punto de conexión.
- (55) El procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte constaba en el momento del acaecimiento de los controvertidos, fundamentalmente de los siguientes trámites:

1. Antes de formalizar una solicitud de acceso a la red de transporte ante el IUN, el promotor debía depositar una garantía económica equivalente a 40 €/kW instalados (artículo 59 bis del RD 1955/2000).²⁰ El resguardo acreditativo de haber depositado ese aval debía presentarse por el promotor ante el órgano competente para otorgar la autorización de la instalación. Dicho órgano era el Ministerio para la Transición Ecológica para instalaciones conectadas a una tensión superior a 400 kV y la Comunidad Autónoma correspondiente para instalaciones conectadas a tensión de 220 kV.

*La administración correspondiente comunicaba a REE la adecuada constitución de la garantía (CACG). **La presentación de dicho resguardo constituía un requisito para la iniciación del procedimiento**²¹.*

2. A continuación, los solicitantes de acceso debían presentar su solicitud al Operador del Sistema y Gestor de la Red de Transporte, (REE), a través del IUN.

Éste debía proceder, cuando hay más de un solicitante, a realizar una solicitud de acceso conjunta y coordinada (artículo 53 RD 1955/2000²² y P012). *Dicha solicitud contenía la información necesaria para la realización por parte de REE de los estudios para determinar la existencia de capacidad de acceso.²³*

²⁰ Artículo 59 bis del RD 1955/2000 derogado por el RD 1183/2020, de 29 de diciembre, pero aplicable al estar vigente en el momento de los hechos analizados en el expediente de referencia.

²¹ **La confirmación de las garantías es necesaria para tramitar la solicitud, de acceso, pero no es imprescindible para iniciar dicha tramitación, que puede quedar en suspenso hasta la recepción de la citada confirmación de garantías.**

²² Artículo 53 del RD 1955/2000 derogado por el RD 1183/2020, de 29 de diciembre, pero aplicable al estar vigente en el momento de los hechos analizados en el expediente de referencia.

²³ El formato y soporte será el establecido por REE y facilitado a los agentes que realicen la solicitud de acceso, normalmente vía telemática (aunque a menudo REE solicita también el envío en papel), incluyendo el formulario correctamente cumplimentado y la documentación técnica correspondiente.

3. Una vez recibida la solicitud, y tras la acreditación de los requisitos previos, REE analizaba la documentación y comunicaba, en su caso, las potenciales insuficiencias al agente que debía proceder a su subsanación en el plazo de un mes (artículo 53.4 RD 1955/2000) ²⁴.

Tal y como ha señalado la SSR de la CNMC, el incumplimiento del plazo o la no subsanación debe conllevar la inadmisión de la solicitud del promotor que incumple y no de toda la solicitud de acceso conjunta y coordinada.²⁵

4. Una vez completada o subsanada la solicitud, REE informaba en el plazo máximo de dos meses sobre la existencia de capacidad suficiente de la red de transporte de energía eléctrica en el punto solicitado (artículo 55 del RD 1955/2000). En el caso de resultar viable el acceso, se tendrían que cumplimentar los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización administrativa, de acuerdo con el artículo 53 de la LSE, con objeto de obtener el permiso de conexión a la red de transporte. En caso contrario, REE informaría de la inviabilidad de conexión, proponiendo soluciones alternativas de conexión al agente solicitante (al IUN o al promotor), que debería presentar una actualización de su solicitud para que la alternativa seleccionada sea valorada, cuando corresponda (artículo 53.6 del RD 1955/2000).²⁶

- (56) El único criterio normativo para la limitación cuantitativa en la capacidad de acceso solicitada para instalaciones de generación²⁷ es el asociado a la potencia de cortocircuito del nudo de conexión (o nudo de afección) según lo establecido en el Anexo XV del RD 413/2014.
- (57) En cuanto a la regulación de este procedimiento, LUMINORA se refiere al RD 1955/2000, los “*Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte de REE*”²⁸, la “*Guía descriptiva del Procedimiento de Acceso y Conexión a la Red*”²⁹ y la “*Guía descriptiva del Procedimiento de Conexión a la red*”³⁰ publicados por REE, para sostener que las solicitudes coordinadas de acceso (SCA) deben incluir la información y documentación técnica que indica REE que debe ser remitida al IUN por el

²⁴ Revisando y actualizando la información aportada a través de la aplicación telemática. Artículo 53 del RD 1955/2000 derogado por el RD 1183/2020, de 29 de diciembre, pero aplicable al estar vigente en el momento de los hechos analizados en el expediente de referencia.

²⁵ Resolución SSR de 6 de junio de 2019, CFT/DE/031/18.

²⁶ Artículo 53 del RD 1955/2000 derogado por el RD 1183/2020, de 29 de diciembre, pero aplicable al estar vigente en el momento de los hechos analizados en el expediente de referencia.

²⁷ Y, por tanto, para denegar el otorgamiento de los correspondientes permisos de acceso a la red de transporte, así como de aceptabilidad en caso de conexión física a la red de distribución.

²⁸ “*Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte de REE*”, información aportada por LUMINORA en el ámbito del conflicto de acceso e incorporada mediante deducción de testimonio (folios 405 a 409).

²⁹ https://www.ree.es/sites/default/files/12_CLIENTES/Documentos/Guia_descriptiva_del_Procedimiento_de_Acceso_y_Conexion_a_la_Red.pdf

³⁰ https://www.ree.es/sites/default/files/12_CLIENTES/Documentos/Guia_descriptiva_del_procedimiento_de_conexion_a_la_red_V7_mar21.pdf

promotor interesado, siendo su responsabilidad hacérsela llegar³¹. Igualmente, invocando los “*Criterios de actuación*”, LUMINORA sostiene que, si bien corresponde al IUN realizar una tramitación coordinada, el seguimiento básico de dichas tareas es facultad de REE y a la CNMC corresponde su supervisión. LUMINORA mantiene, a este respecto, que en el caso de que el promotor solicitante no aporte la información necesaria, el IUN podrá excluirla de la solicitud coordinada de acceso³². LUMINORA sostiene que SHARK POWER nunca llegó a enviar su solicitud de acceso al IUN, ni suministró la información y documentación técnica requerida para poder cumplimentar la solicitud coordinada de acceso, por lo que LUMINORA no pudo incluir las plantas de SHARK POWER en ninguna de las SCAs presentadas ante REE en ausencia de una solicitud con información completa.

- (58) Los “*Criterios de actuación*”, invocados por la propia LUMINORA³³, señalan que las labores de seguimiento y supervisión corresponden a REE y no al IUN, que únicamente debe realizar una tarea de reenvío de las solicitudes presentadas. Según la regulación del procedimiento de acceso y los citados Criterios, **el IUN tiene la obligación de presentar todas las solicitudes que figuren en el perímetro de referencia y corresponde a REE decidir, en su caso, solicitar la subsanación de la solicitud que considere incompleta**. Como se ha indicado previamente, incluso siendo la confirmación de las garantías necesaria para tramitar la solicitud de acceso, no es imprescindible para iniciar dicha tramitación, que puede quedar en suspenso hasta la recepción de la citada confirmación de garantías.
- (59) Precisamente, los referidos “*Criterios de actuación*”, indican que una SCA estará indebidamente tramitada cuando exista una solicitud individual con adecuada constitución de la garantía (**CAGG**) previa al nombramiento del IUN, que se haya dirigido al IUN pero que no se hayan incorporado a la SCA ³⁴: *“...REE ha entendido que un contingente se tramita debidamente agrupado a efectos de coordinación, cuando no existe ninguna otra solicitud individual que disponga de CACG a REE con fecha previa a la correspondiente a alguna instalación de las recogidas en la solicitud conjunta y de la que REE tenga constancia de que se ha dirigido al IUN aportando información individual que no haya sido incorporada en la solicitud coordinada”*.

³¹ “*Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte de REE*”, información aportada por LIMUNORA en el ámbito del conflicto de acceso e incorporada mediante deducción de testimonio (folio 407).

³² Párrafos 70 a 92 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

³³ Véase, por ejemplo, el párrafo 62 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

³⁴ Criterio de Actuación 2 de los “*Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte de REE*”, información aportada por LUMINORA en el ámbito del conflicto de acceso e incorporada mediante deducción de testimonio (folios 405 a 409).

- (60) En consecuencia, de acuerdo con este procedimiento, y al contrario de lo mantenido por LUMINORA en sus alegaciones³⁵, **corresponde a REE solicitar la subsanación de una solicitud y, una vez requerida dicha subsanación, sólo REE puede excluir una solicitud por considerarla incorrecta o incompleta**. Queda claro que el procedimiento regulado configura al IUN como un tramitador de las solicitudes de una forma concreta y determinada, esto es, conjunta y coordinada, en representación de los promotores que las hayan presentado ante REE con anterioridad o de las que se dirijan al IUN designado directamente en un determinado periodo temporal.
- (61) En el ámbito concreto del citado RD 413/2014, en caso de que la capacidad solicitada por varios promotores supere la potencia disponible en el nudo de que se trate, REE podrá instar a éstos a que alcancen un acuerdo para el reparto de la potencia disponible. Si no se alcanzase dicho acuerdo, REE realizará el reparto de capacidad de acceso de forma proporcional a la potencia solicitada.
- (62) Como ya se ha señalado, cuando por falta de capacidad no pueda otorgarse permiso, REE propondrá una alternativa de conexión en otros nudos de la red de transporte más próximos al solicitado que pudieran tener capacidad total o parcial para integrar la potencia solicitada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.6 del RD 1955/2000 (énfasis añadido):³⁶
- "Cuando no se disponga de capacidad suficiente para cumplir las condiciones expresadas por el usuario de acuerdo con las condiciones de funcionamiento y seguridad de la red, el operador del sistema y gestor de la red de transporte podrá denegar la solicitud de acceso. Esta denegación deberá quedar suficientemente justificada y **contendrá propuestas alternativas de acceso en otro punto de conexión o de realización, si ello fuera posible, de los refuerzos necesarios en la red de transporte para eliminar la restricción de acceso**".*
- (63) Asimismo, en caso de existir soluciones en la red de distribución, REE informará al solicitante de dicha posibilidad, pero quedará sujeto a la valoración y autorización por el gestor de dicha red.
- (64) Como ya ha señalado en varias ocasiones la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC,³⁷ la tramitación conjunta y coordinada de las solicitudes de acceso a la red a través de la figura del IUN que establece el Anexo XV del RD 413/2014 supone una especialidad procedimental respecto

³⁵ Párrafos 67, 88 o 326 las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios folios 1621 a 1685).

³⁶ Artículo 53 del RD 1955/2000 derogado por el RD 1183/2020, de 29 de diciembre, pero aplicable al estar vigente en el momento de los hechos analizados en el expediente de referencia.

³⁷ Resolución de la SSR de 24 de septiembre de 2020 (CFT/DE/032/19); Resolución de la SSR de 6 de junio de 2019 (CFT/DE/031/18); Resolución de la SSR de 10 de diciembre de 2018 (CFT/DE/028/18).

de la regla general de la presentación individual de las solicitudes de acuerdo con la regulación prevista en el RD 1955/2000.

- (65) No existe, sin embargo, una regulación expresa que determine qué instalaciones deben formar parte de una determinada SCA, siendo el IUN el responsable de agrupar las solicitudes individuales para conformar las anteriores. De esta forma, en cada caso concreto debe alcanzarse un equilibrio entre la tramitación individual prevista en el citado RD 1955/2000 y la tramitación conjunta y coordinada prevista en el RD 413/2014. Es decir, **el IUN está obligado a realizar un tratamiento conjunto y coordinado de las solicitudes individuales que puedan considerarse como contemporáneas, en función de las circunstancias de cada caso.**
- (66) A tal efecto, la Sala de Supervisión Regulatoria ha establecido en numerosas resoluciones que dicha agrupación deberá responder a criterios de razonabilidad evitando discriminaciones y en atención al principio de prelación temporal según el orden de presentación de las solicitudes individuales³⁸:
- “Sin embargo, lo cierto es que corresponde en exclusiva a esta Comisión en vía de conflicto analizar si la tramitación conjunta o no de una serie de instalaciones responde a criterios de razonabilidad, impidiendo en cualquier caso una discriminación efectiva de los solicitantes en su derecho a que se les tramite y responda de su solicitud en atención al orden en que se han presentado, con independencia de que la actuación de REE sea ajustada a Derecho. La noción de la tramitación conjunta cuyo origen es ser más eficiente en la fase de conexión no puede, en ningún caso, suponer una traba para el derecho de acceso, elemento nuclear de la regulación de las redes”.*
- (67) En el caso de solicitudes de acceso a la red de distribución, el promotor dirigirá su solicitud de acceso al gestor de la red de distribución, el cual, tras la evaluación sobre el acceso a su red, solicitará la aceptabilidad para el acceso a REE cuando tenga lugar una afección significativa sobre la red de transporte y la operación del sistema. Entre los supuestos en los que existiría una afección significativa sobre la red de transporte se tienen las solicitudes de acceso de instalaciones de generación mediante fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos de potencia superior a 10 MW y las instalaciones de estas características de potencia superior a 1 MW que formen parte de una agrupación cuya potencia supere los 10 MW en el nudo de afección de la red de transporte.
- (68) En los supuestos en que se trate de solicitar el acceso a una nueva posición, como el nudo FAUSITA 400 kV objeto del presente expediente sancionador, que puede entenderse planificada en aplicación de lo previsto en la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores (Real

³⁸ Resolución de la SSR de 5 de septiembre de 2019 (CFT/DE/011/19); Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 (CFT/DE/134/20).

Decreto-Ley 15/2018), aplicable a partir del día 7 de octubre de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha indicado en varias Resoluciones³⁹, que en estos casos **corresponde a REE y no al IUN aún sin designar, determinar el cuándo, el cómo y el quiénes deben estar incluidos en una primera solicitud de acceso.**

- (69) REE deberá encontrar una solución equilibrada y razonable para coordinar el derecho de los solicitantes de acceso a una tramitación según la prioridad de su petición con la obligación reglamentaria de tramitación conjunta y coordinada del acceso cuando dichos solicitantes de acceso hayan de compartir punto de conexión, haciendo viable el acceso al nudo, evitando situaciones de acumulación de promotores que deban repartirse una limitada capacidad.
- (70) Por tanto, en estos supuestos de nuevas posiciones planificadas según la Disposición Adicional 4 del Real Decreto-Ley 15/2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha establecido que⁴⁰ *“debe configurar una solución que no perjudique a los primeros solicitantes y al mismo tiempo garantice la tramitación conjunta y coordinada de las solicitudes contemporáneas. Por tanto, es necesario que REE fije un límite temporal para evitar lesionar el derecho de acceso de las primeras solicitudes, un perímetro de referencia, incluyendo a todas las solicitudes individuales que se le hayan formulado hasta ese momento”*.
- (71) La información relativa a los procesos de acceso y conexión a la red de transporte se encuentra publicada en la web de REE⁴¹.

3.1.1.4. El Interlocutor Único de Nudo (IUN)

- (72) La figura del IUN fue creada con el objetivo de facilitar y agilizar el proceso de tramitación de las solicitudes de acceso a la red, en los casos en los que varios promotores con proyectos de generación renovable soliciten acceso y conexión en el mismo punto de la red de transporte y tengan, por ello, que compartir las instalaciones de conexión comunes.
- (73) La figura del IUN se estableció normativamente en el Real Decreto 661/2007⁴² y se mantuvo en el Real Decreto 413/2014, si bien no se desarrollaron sus funciones, responsabilidades y obligaciones de forma detallada, de tal modo que esta figura se puso en práctica sin haberse completado su regulación.
- (74) Así, la escasa regulación respecto de la figura del IUN se encuentra en el Real Decreto 413/2014 que prevé que, para las instalaciones de generación

³⁹ Resolución de la SSR de 4 de marzo de 2021 (CFT/DE/065/20).

⁴⁰ Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 (CFT/DE/134/20).

⁴¹ Información disponible en la página Web: <https://www.ree.es/es/clientes/generador/acceso-conexion>.

⁴² Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

renovable, cogeneración y residuos, la tramitación de acceso y conexión a la red de transporte se realice de forma conjunta y coordinada a través del IUN.

- (75) En consecuencia, el IUN deberá ser designado por las Administraciones competentes, entre los promotores solicitantes de acceso al mismo nudo, sin que la forma de designación del IUN haya sido objeto de desarrollo normativo.
- (76) Según el citado Anexo XV del Real Decreto 413/2014, la resolución de los procedimientos de acceso y conexión se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1955/2000 y en el Real Decreto 1699/2011, regulación que se completa con las condiciones particulares incluidas en el citado Anexo XV.
- (77) La falta de desarrollo normativo de la figura del IUN, en lo que se refiere a su designación y a determinadas cuestiones relativas al ejercicio de sus atribuciones ha generado un alto nivel de conflictividad. En consecuencia, el Real Decreto 1183/2020⁴³ suprimió la figura del IUN, si bien aquellos que fueron nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, seguirán ejerciendo sus funciones con relación a los procedimientos de acceso y conexión que se hubieran iniciado antes de dicha entrada en vigor⁴⁴.

a) La designación del IUN

- (78) En primer lugar, cabe destacar que no existe una norma expresa que regule la forma de designación del IUN. En el marco de la anterior Ley 54/97, la designación del IUN se realizaba por parte de las administraciones territoriales, como una extensión de sus competencias en materia autorizadora en el ámbito energético. De esta forma, la Administración General del Estado designaba los IUN en aquellos nudos de tensión superior a 380 kV y las Comunidades Autónomas hacían lo propio en el caso de nudos de tensión inferior a 380 kV.
- (79) En un principio, la práctica habitual de las Administraciones territoriales era la de designar como IUN al primer solicitante de acceso en cada nudo. En ese momento, el papel del IUN se limitaba a realizar la tramitación administrativa de las solicitudes, cuando ya se había realizado la asignación de capacidad por la correspondiente administración territorial y, por tanto, cuando ya no existía competencia entre las promotoras por hacerse con un determinado margen de capacidad disponible.
- (80) A partir del año 2018, en el marco establecido por la actual LSE, algunas Comunidades Autónomas siguieron designando el IUN, pero muchas se

⁴³ Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.

⁴⁴ La disposición transitoria primera del RD 1183/2020, de 29 de diciembre, establece que “Los interlocutores únicos de nudo que hayan sido designados antes de la entrada en vigor de este real decreto, en virtud de lo previsto en el anexo XV del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, seguirán ejerciendo sus funciones en relación con los procedimientos de acceso y conexión que hubiesen sido iniciados antes de dicha entrada en vigor”.

declararon incompetentes para realizar dicha designación, instando a REE a que asumiera dicha función de designación⁴⁵. La designación del IUN, en estos casos, se ha llevado a cabo mediante acuerdo entre los promotores de los proyectos de generación que pretendan acceder a un determinado nudo.

- (81) REE tampoco tiene competencia para designar al IUN o controlar su actuación, limitándose a comprobar que la solicitud de acceso a la red venga tramitada a través del IUN, como exige la normativa. REE realizó una consulta en 2019⁴⁶ a la CNMC sobre la elección del IUN en el caso de que la Comunidad Autónoma correspondiente (o la autoridad competente) no lo designe, y más concretamente, si debe ser designado el primer promotor que solicite permiso de conexión.
- (82) De acuerdo con la práctica habitual, y tal y como consta en los *“Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte”*⁴⁷, publicados por REE, el proceso para designar el IUN se inicia con la existencia de un contingente mínimo de generación que cuente con la comunicación del órgano administrativo competente sobre la adecuada constitución de la garantía (CACG) para habilitar una posición (PO13.1).
- (83) Una vez identificado dicho contingente, REE define **el denominado “perímetro de referencia”, que estará integrado por aquellas instalaciones que cuenten al menos con la presentación del resguardo acreditativo del depósito de garantías**, así como con una solicitud telemática presentada correctamente. Definido el perímetro, REE informa de ello a la Comunidad Autónoma competente, para que proceda a la designación del IUN. Cuando la Comunidad Autónoma no designe al IUN, REE establecerá un plazo de diez

⁴⁵ Así consta en el Informe de fecha 4 de noviembre de 2019, remitido por la Dirección de Energía a petición de la Dirección de Competencia en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA e incorporado al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 1240 a 1251).: Comunicación de la Junta de Andalucía del 30/10/2018; Comunicación del Gobierno de Aragón del 22/02/2019; Comunicación del Gobierno de Canarias del 27/02/2019. Y en la página web de REE, *“Con carácter particular, para las CCAA de Andalucía, Aragón, Asturias, Cataluña, Islas Canarias, Galicia y Madrid, REE procede directamente a la identificación de IUN de acuerdo a las directrices recibidas de las respectivas Administraciones Autonómicas y las condiciones previamente indicadas”*. (<https://www.ree.es/es/actividades/acceso-conexion-y-puesta-en-servicio/preguntas-frecuentes-acceso-y-conexion>).

⁴⁶ Consulta CNS/DE/287/19, realizada por REE, se cerró con esta justificación:

“Con motivo de la publicación en BOE del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y de la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica, se considera que la contestación a la consulta que motivó la apertura del presente expediente queda claramente explicitada en la legislación mencionada, por lo que se procede al cierre de dicho expediente”.

⁴⁷ Estas directrices se han publicado en <https://www.ree.es/es/clientes/generador/acceso-conexion>, Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte (PDF, ED.1, Julio de 2020).

días hábiles para que los promotores concurrentes procedan a acordar entre ellas la designación de un IUN.

- (84) Una vez identificado, el IUN comunicará su designación a REE, que lo publicará en su web. Asimismo, el IUN dispondrá del plazo de un mes para realizar la solicitud coordinada de acceso ante REE, de la que formarán parte las instalaciones integrantes del citado perímetro de referencia.
- (85) Para las plantas que soliciten acceso con posterioridad a la definición del perímetro de referencia (y que hayan presentado su solicitud ante REE antes de publicación del IUN designado), REE informará que se está procediendo a identificar el IUN entre una serie de solicitantes concurrentes previos y que éstos tienen preferencia para una integrar una primera solicitud coordinada de acceso, que podría agotar la capacidad del nudo. Hasta la mencionada identificación y la posterior tramitación de la solicitud coordinada correspondiente, dichas solicitudes posteriores quedarán pendientes y se cursarán en una solicitud coordinada posterior.

b) Las atribuciones del IUN en el proceso de acceso y conexión

- (86) Según el Anexo XV del Real Decreto 413/2014, corresponde al IUN:
- a) **tramitar de forma conjunta y coordinada las solicitudes de acceso y conexión** ante el operador del sistema de instalaciones de generación que compartan punto de conexión a la red de transporte,
 - b) en la fase de puesta en servicio, **coordinando a los generadores entre sí y con REE**; y
 - c) en la **necesaria interlocución con REE en lo que respecta al mantenimiento de las instalaciones** tras la puesta en servicio de la instalación.
- (87) Corresponde a REE verificar que las solicitudes objeto de aplicación del citado Anexo XV vengán tramitadas de forma conjunta y coordinada a través del IUN, informando de la necesidad del cumplimiento de dicha tramitación conjunta en caso contrario.
- (88) Más allá de lo previsto en el Real Decreto 413/2014, no existe ninguna otra norma que haya desarrollado la regulación sobre las responsabilidades, derechos y obligaciones del IUN.
- (89) Esta falta de desarrollo de la regulación en cuanto a las atribuciones del IUN ha dado lugar a formas de actuación dispares en el desarrollo de sus funciones lo que, a su vez, ha generado desavenencias y conflictos como los que dieron origen a la presente investigación⁴⁸.

⁴⁸ Informe de fecha 4 de noviembre de 2019, remitido por la Dirección de Energía a petición de la Dirección de Competencia en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA e incorporado al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 1240 a 1251).

- (90) La Dirección de Energía de la CNMC destaca que, a pesar de la falta de regulación y desarrollo de la figura del IUN, la misma se inserta en un marco normativo más amplio, por lo que éste debe respetar, en todo caso, el principio general de no discriminación entre usuarios en acceso a la red de transporte, máxime cuando se trata de una excepción a la regla general de la tramitación individual de las solicitudes⁴⁹.
- (91) LUMINORA sostiene que, tal y como habría reconocido la DC en la Propuesta de Resolución, la normativa que regula las funciones del IUN es muy escasa, poco clara y no se encuentra debidamente desarrollada, habiendo sido cuestionada la figura del IUN por el propio Consejo de la CNMC⁵⁰. Esto último en referencia al *“Acuerdo por el que se emite Informe sobre el proyecto de Real Decreto de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución”* del Consejo de la CNMC de 20 de septiembre de 2018 (IPN/CNMC/017/18) al que se refiere la Resolución de la SSR, de 10 de diciembre de 2018, en el expediente CFT/DE/028/18⁵¹.
- (92) A lo anterior debemos responder apuntando que, si bien la figura del IUN ha dado lugar a controversias derivadas de determinadas lagunas en su regulación, ello no exime a las empresas designadas como IUN de cumplir con las atribuciones de esta figura sin incurrir en la prohibición de abuso de posición de dominio, que es precisamente lo que se valora en el presente expediente.
- (93) Las funciones básicas del IUN, a las que se ha hecho previamente referencia, no presentan dudas. Como ha venido a afirmar, en este sentido, la SSR⁵²: *“A pesar de la escasa regulación respecto a las funciones o atribuciones del IUN, de la lectura del anexo XV del Real Decreto 413/20142 se desprenden dos claras atribuciones normativas del IUN: a) tramitar de forma conjunta y coordinada las solicitudes de acceso y b) actuar como representante de los promotores que comparten punto de acceso”*.
- (94) En otras palabras, la indeterminación normativa sobre los detalles de cómo el IUN debe desempeñar tales funciones –cuyo contenido esencial, insistimos, sí resulta claro– no puede invocarse por el operador que ocupa esta posición para prevalerse, impunemente, de su papel de intermediario necesario entre REE y el resto de los operadores, a fin de favorecer la tramitación de acceso de sus

⁴⁹ Informe de fecha 4 de noviembre de 2019, remitido por la Dirección de Energía a petición de la Dirección de Competencia en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA e incorporado al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 1240 a 1251).

⁵⁰ Párrafos 47 y siguientes de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685)

⁵¹ En referencia al *“Acuerdo por el que se emite Informe sobre el proyecto de Real Decreto de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución”* del Consejo de la CNMC de 20 de septiembre de 2018 (IPN/CNMC/017/18) al que se refiere la Resolución de la SSR, de 10 de diciembre de 2018, en el expediente CFT/DE/028/18.

⁵² Resolución de la SSR de la CNMC de 10 de diciembre de 2018, en el expediente CFT/DE/028/18 DENE SOLAR S.L. Y CELENO SOLAR S.L. / REE.

propias instalaciones en situaciones en las que la demanda de los promotores de instalaciones puede superar la oferta limitada de capacidad del nudo.

3.1.2. Definición de mercado

- (95) El mercado relevante de producto agrupa el conjunto de productos o servicios que, debido a sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos o servicios⁵³. En este análisis no cabe limitarse únicamente al examen de las características objetivas de los productos relevantes, sino que es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en dicho mercado⁵⁴. La sustituibilidad de un producto o servicio desde la perspectiva de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios⁵⁵.
- (96) La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos, sin que ello requiera un plazo y unas inversiones considerables o riesgos adicionales significativos⁵⁶.
- (97) Tal y como ya ha analizado recientemente la Sala de Competencia de la CNMC, la ubicación y capacidad de los nudos de acceso a la red de transporte de energía eléctrica determinan la elección de un punto de acceso concreto por los promotores y la viabilidad de un proyecto de generación renovable. Por tanto y dado que los promotores de instalaciones compiten en cada nudo por hacerse con la capacidad disponible, en unas condiciones homogéneas

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin I, C-322/81, ([EU:C:1983:313](#)), apartado 37; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2003, British Airways, T-219/99, ([EU:T:2003:343](#)), apartado 91; Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010, AstraZeneca, T-321/05, ([EU:T:2010:266](#)), apartado 31. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia ([97/C 372/03](#)), apartado 7.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin I, C-322/81, ([EU:C:1983:313](#)), apartado 37; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 1997, Deutsche Bahn, T-229/94, ([EU:T:1997:155](#)), apartado 54 y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2003, British Airways, T-219/99, ([EU:T:2003:343](#)), apartado 91.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2006, EasyJet, T-177/04, ([ECLI:EU:T:2006:187](#)), apartado 99. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia ([97/C 372/03](#)), apartados 13 y 14.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin I, C-322/81, ([EU:C:1983:313](#)), apartado 31. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia ([97/C 372/03](#)), apartado 20.

distintas de las que rigen en el resto de los nudos, **se puede considerar cada subestación o nudo de acceso como un mercado en sí mismo**⁵⁷.

- (98) LUMINORA rechaza que quepa definir un mercado correspondiente a un nudo de acceso por cuanto la conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica se basa en un derecho de acceso garantizado por la regulación del sector eléctrico y no en mecanismos de mercado⁵⁸. Sostiene asimismo la sociedad imputada que, en cualquier caso, no lleva a cabo actividad económica alguna que pueda conducir a una infracción de la normativa de defensa de la competencia⁵⁹. Defiende, concretamente, a este respecto, que su función como IUN corresponde a una actividad regulatoria y no económica y que no se encuentra activa en ninguno de los mercados verticalmente relacionados a los que se refiere la DC en el PCH y la Propuesta de Resolución –i.e. mercado aguas arriba de transporte o mercado aguas abajo de generación– por lo que *“no ha existido una actuación en un mercado relevante”* y *“decae la aplicación del Derecho de la competencia y, en consecuencia, la prohibición de abuso de posición de dominio”*⁶⁰.
- (99) Por lo que se refiere a la pretendida incorrección en la definición de mercado, procede contestar, en primer lugar, que el que una actividad se encuentre regulada o sometida a determinadas garantías de acceso, en modo alguno impide constatar la existencia de un mercado relevante. Tales garantías se refieren, además, a una obligación de medios o actuación transparente y diligente, pues la capacidad de los nudos es limitada y constituye, por tanto, un bien escaso cuya oferta se ve habitualmente sobrepasada por la demanda.
- (100) **Por el lado de la oferta**, la posibilidad de sustitución de los oferentes se encuentra limitada por la **capacidad de acceso** en cada nudo y el **número de posiciones para la evacuación de la energía generada**.
- (101) La falta de oferta de capacidad en un determinado nudo no puede solucionarse con la construcción de otros nuevos al existir limitaciones en el número de posiciones para la evacuación que se pueden habilitar en la red de transporte de energía eléctrica. Esto deriva de la limitación física básica en las subestaciones; de la reglamentación existente en materia de desarrollo de la red de transporte que atiende a criterios de eficiencia en el desarrollo de la red⁶¹ y directrices reglamentarias que obligan a que la decisión sobre nuevas

⁵⁷ Resolución del Consejo de la CNMC de 10 de junio de 2022, en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER.

⁵⁸ Párrafos 193 y siguientes de la de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

⁵⁹ Párrafos 186 y siguientes las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

⁶⁰ Párrafo 203 de las alegaciones de la LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

⁶¹ Umbral mínimo de potencia para acceso a la red de transporte en Procedimiento de Operación 13.1 Criterios de desarrollo de la red de transporte. <https://www.ree.es/es/actividades/operacion-del-sistema-electrico/procedimientos-de-operacion>.

posiciones se realice por la planificación de la red de transporte (Real Decreto 1047/2013)⁶².

- (102) Respecto al acceso a un **punto de conexión alternativo**, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, no podían considerarse como instalaciones planificadas y, por tanto, potenciales alternativas de conexión, las nuevas posiciones adicionales a las existentes. Esta circunstancia sólo se aplicaría tras la entrada en vigor de la citada norma y para aquellos supuestos indicados en su disposición adicional cuarta, quedando hasta ese momento restringida en mayor medida la posibilidad de REE de ofrecer puntos alternativos de conexión.
- (103) De todo ello, se desprende la **ausencia o dificultad de sustituibilidad por el lado de la oferta**, derivada principalmente de factores técnicos y regulatorios.
- (104) La sustituibilidad del producto **por el lado de la demanda** vendría dada por el hecho de que los promotores consideraran que existen nudos alternativos en los que el proyecto planteado pudiera ser viable y rentable económicamente.
- (105) Como ya señaló el Consejo de la CNMC en la Resolución de 10 de junio de 2022, la viabilidad de un proyecto está condicionada en gran medida por la distancia existente desde la ubicación de la planta generadora hasta el nudo de conexión a la red⁶³.
- (106) Dado que la producción energética máxima de una planta está limitada por su diseño, reducir la cantidad de energía que se puede verter al sistema aumentando la distancia al punto de conexión a la red puede suponer que el proyecto deje de resultar económicamente viable⁶⁴.
- (107) Aunque las condiciones técnicas básicas son homogéneas en todos los nudos⁶⁵, no cabe duda de que la solicitud de los promotores viene condicionada

⁶² Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica.

⁶³ Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA), párrafo 61: *“Una mayor distancia al punto de conexión incrementa los costes por motivos técnicos y administrativos pues se requiere una línea de conexión de mayor extensión que, además, ocupa mayor número de terrenos y hace más complicada la tramitación administrativa, tanto por la parte de mayor ocupación de terrenos como por la de mayor impacto ambiental. Por lo que se refiere a las dificultades técnicas, la resistencia de los cables conductores provoca pérdidas proporcionales a la longitud del cable. Por este motivo la tensión generada en la planta productora sufre una “caída” en su transporte hasta el nudo, lo que supone una merma en la cantidad de energía eléctrica que se puede introducir en el sistema eléctrico. Esta pérdida será mayor cuanto mayor sea la distancia entre la planta y el nudo”*.

⁶⁴ Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA), párrafo 61.

⁶⁵ Existen no obstante diferencias obvias asociadas al nivel de tensión o la tecnología de cada subestación que pueden incidir en el coste de la conexión.

por **limitaciones de capacidad** de acceso en cada nudo⁶⁶, por lo que sólo los promotores que quieran acceder al mismo nudo compiten entre sí por acceder a un recurso limitado (la capacidad de acceso)⁶⁷.

- (108) Si bien el criterio de prelación temporal garantiza, a priori, unas condiciones de acceso objetivas y transparentes a través de las que se materializa el principio de libertad de acceso a la red por parte de terceros de forma no discriminatoria, dicho criterio condiciona de forma clara la competencia entre las empresas promotoras⁶⁸. En determinados periodos de tiempo en los que existe capacidad disponible en un nudo, los sujetos con mayor diligencia en la tramitación de sus solicitudes de acceso tendrán mayores opciones de adquirir parte de la capacidad de acceso disponible.
- (109) Como el IUN es el encargado de tramitar estas solicitudes de acceso procede definir un mercado de acceso a la red a través de un determinado nudo y analizar el comportamiento del IUN en cada nudo bajo la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia. Así lo ha confirmado el Consejo de la CNMC, tal y como se indicaba previamente, señalando que cada nudo constituiría un mercado en sí mismo, tratándose además de un mercado muy localizado por cuanto la producción y posterior inyección de electricidad proveniente de fuentes renovables en la red de transporte, se produce en el entorno de cada nudo de acceso⁶⁹.
- (110) Se concluye, por tanto, que, en contra de lo mantenido por LUMINORA en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, **existen elementos suficientes para definir un mercado de acceso y conexión a la red de transporte en el nudo FAUSITA 400 kV**, con efectos en el mercado conexo de generación de energía eléctrica, dado que son sus características singulares las que determinan el número y tamaño de los solicitantes que compiten por acceder al mismo en función de la capacidad disponible.
- (111) En cuanto a alegación de LUMINORA de que no se encontraba activa en el mercado eléctrico en el momento en que se produjeron los hechos investigados, se recuerda que esta sociedad era promotora directa o indirecta de hasta 5 instalaciones de generación (párrafo (28)) por lo que competía, por capacidad limitada del nudo, con otros promotores, a fin de poder verter la energía generada por sus instalaciones a la red de transporte de electricidad. Lo anterior, sin perjuicio de que se tratase de instalaciones proyectadas que únicamente fueran a tener una actividad en el futuro, como de hecho sucede

⁶⁶ Lo que condiciona el despliegue de instalaciones de generación y, en consecuencia, una situación diferente en cuanto a la potencial economía de escala.

⁶⁷ Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA), párrafo 63.

⁶⁸ Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte (PDF, ED.1, Julio de 2020). Publicado en <https://www.ree.es/es/clientes/generador/acceso-conexion>.

⁶⁹ Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA).

habitualmente en el marco de los procedimientos de acceso a un determinado nudo de la red de transporte. Conviene subrayar a este respecto que LUMINORA solicitó, motu proprio, su designación como IUN del nudo FAUSITA 400 kV (párrafos (126) y (127)), lo que solo se explica por su interés en lograr el acceso de dichas instalaciones proyectadas, dado que el IUN no ejerce una actividad remunerada. Así, la actuación de LUMINORA como IUN en el mercado relevante de acceso y conexión a la red de transporte en el nudo FAUSITA 400 kV tenía, cuando menos, la aptitud de desplegar efectos en el mercado conexo de generación de energía eléctrica, en el que LUMINORA tendría presencia a través de las instalaciones de las que era directa o indirectamente promotora.

- (112) Se incide en cualquier caso, en lo afirmado por la DC en la Propuesta de Resolución en cuanto a que no se evalúa en el presente Expediente la actuación de LUMINORA como operador en el mercado de generación eléctrica, sino su actuación como IUN en un nudo concreto de la red de transporte, de conformidad con la normativa sectorial como un tramitador necesario y representante de los solicitantes en el procedimiento de acceso en un mismo nudo, que tiene la obligación de agrupar y presentar de forma conjunta y coordinada las solicitudes presentadas, cumpliendo con el perímetro de referencia fijado en este caso por el operador de sistema.

3.2. Mercado geográfico

- (113) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**)⁷⁰, en línea con los precedentes y con la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia, ha definido el mercado geográfico relevante como:⁷¹

“[...] la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencias son los suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa”.

- (114) El apartado 30 de la citada Comunicación establece que, para definir el perímetro del mercado relevante, es necesario determinar si existen obstáculos que protegen a las empresas localizadas en una zona frente a la presión de empresas competitivas localizadas fuera de dicha zona, a fin de determinar con

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, C-27/76, [EU:C:1978:22](#), apartados 11, 44 y 53; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak International SA*, T-83/91, [EU:T:1994:246](#), apartado 91; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn*, T-229/94, [EU:T:1997:155](#), apartado 92; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2003, *British Airways*, T-219/99, [EU:T:2003:343](#), apartado 108. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia ([97/C 372/03](#)), apartado 8.

⁷¹ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia ([97/C 372/03](#), Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013).

precisión el grado de interpenetración de los mercados a escala nacional, europea o mundial.

- (115) Precedentes nacionales⁷² han concluido que existe un **único mercado mayorista de producción y suministro de energía eléctrica**, que se halla separado de los mercados de transporte, distribución y suministro de energía eléctrica, sin distinción alguna entre las tecnologías de producción que utilicen para generar electricidad, ni si se basan en fuentes renovables o no.
- (116) El mercado geográfico relevante puede definirse, por tanto, como el territorio en el que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares o suficientemente homogéneas, en lo que respecta, en concreto, a los productos o servicios de que se trata.
- (117) Del análisis del mercado desde la óptica de la oferta y la demanda se desprende que, a pesar de que los requisitos de acceso son homogéneos para todo el territorio nacional, la competencia entre las distintas promotoras se da en el acceso a cada nudo concreto.
- (118) Además de la capacidad de acceso disponible, la principal diferencia entre los diferentes nudos de la red de transporte es su localización geográfica, siendo determinante la misma a la hora de solicitar el acceso para una instalación concreta. Así, al considerarse cada nudo de la red de transporte eléctrico como un mercado en sí mismo, su ámbito geográfico será el de la ubicación de cada nudo por separado.
- (119) La zona de actuación del IUN se reduce al nudo concreto de la red de transporte de energía eléctrica para el que ha sido designado y únicamente respecto de la tramitación de las solicitudes de acceso y conexión en ese nudo concreto, con interés en compartir una determinada posición de un nudo de la red.
- (120) Por todo lo anterior, y como ya analizó recientemente esta Sala en la Resolución de 10 de junio de 2022 en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER⁷³, el ámbito geográfico considerado viene delimitado por la ubicación de las instalaciones que pretenden acceder a un concreto nudo de la red de transporte de energía eléctrica y por el área que abarcan las autorizaciones administrativas, que generalmente hacen referencia a términos municipales determinados.
- (121) Las conductas llevadas a cabo por el IUN en el mercado relevante de acceso a la red de transporte en un determinado nudo son susceptibles de limitar el derecho de acceso de las empresas generadoras a la red de transporte y, por

⁷² C-0372-11 ISOLUX/SOLAR GLOBAL, C-0098-08 GAS NATURAL/FENOSA, C-0930-18 CONTOURGLOBAL / ACCIONA TERMOSOLAR y Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente. S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA).

⁷³ Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 10 de junio de 2022 en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER.

tanto, de afectar al mercado conexo de generación eléctrica, cuya dimensión es nacional⁷⁴.

- (122) Una conducta llevada a cabo por el IUN en un determinado nudo de acceso a la red nacional de transporte de energía eléctrica es –sin perjuicio de la acotación del mercado relevante en la que se desarrolla materialmente– susceptible de desplegar efectos supraautonómicos atendiendo, entre otras cuestiones, a su afectación a otros mercados de energía eléctrica, al carácter estratégico de dicho mercado y la relevancia, para el correcto funcionamiento del mercado interior de la electricidad, de garantizar de manera uniforme el derecho de acceso a la red de transporte nacional que permite un mercado de agentes múltiples en un sistema de red única⁷⁵.
- (123) Cabe concluir, de todo lo anterior que las conductas investigadas afectan al **mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica a través del nudo FAUSITA 400 kV** en el que LUMINORA tiene la condición de IUN, **con efectos en el mercado conexo de generación de energía eléctrica**.

4. HECHOS ACREDITADOS

- (124) A partir de la información obtenida del expediente relativo al conflicto de acceso CFT/DE/134/20 estimado por la SSR del Consejo de la CNMC⁷⁶, así como de la información aportada por las partes en contestación a los requerimientos realizados por la DC y de las alegaciones formuladas por LUMINORA al PCH y la Propuesta de Resolución, esta Sala considera acreditados los siguientes hechos que se relatan cronológicamente:

4.1. En el ámbito del conflicto de acceso CFT/DE/134/20

- (125) El 3 de junio de 2020, **SHARK POWER solicitó el acceso individual para doce instalaciones de su propiedad**⁷⁷ en el nudo FAUSITA 400 kV, ante REE.

⁷⁴ Véanse por ejemplo las decisiones de la Comisión Europea en los asuntos COMP/M.5979 – KGHM/TAURON Wytwarzanie/JV, párrafo 24; COMP/M.5711 – RWE/Ensys, párrafo 21, COMP/M.4180 – GDF/Suez, párrafo. 726 o los informes del Tribunal de defensa de la competencia en el asunto C-77/02 IBERENOV/GAMESA, página 42 o C-68/08, NEW EGARA/EISS.

⁷⁵ Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente. S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA).

⁷⁶ Resolución de la SSR de 8 de julio del 2021 del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica CFT/DE/134/20 GRUPO SHARK POWER REN / REE (NUDO FAUSITA 400 kV), planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en el nudo FAUSITA 400 kV -Murcia.

⁷⁷ Las plantas fotovoltaicas “NARVAL”, “BELUGA”, “YUBARTA”, “MARSOPA”, “MARLIN”, “BARRACUDA”, “TINTORERA”, “ORCA”, “CACHALOTE”, “PIRAÑA”, “ESTURIÓN” y “SILURO”, de 50,01 MW cada una.

En esa fecha, no había IUN designado⁷⁸, al ser una nueva posición que se entiende planificada desde el 7 de octubre de 2018, como consecuencia de lo previsto en la Disposición Adicional 4 del Real Decreto-Ley 15/2018.

- (126) El 24 de junio de 2020, **LUMINORA presentó también ante REE una solicitud individual de acceso para cinco instalaciones fotovoltaicas**⁷⁹ (siendo una de ellas de su propiedad y las otras cuatro del grupo empresarial al que pertenece)⁸⁰, con conexión en una nueva posición del nudo FAUSITA 400 kV⁸¹.
- (127) **Ese mismo día 24 de junio de 2020, LUMINORA solicitaba su designación como IUN en el nudo de la red de transporte FAUSITA 400 kV**, mediante un escrito ante la Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera (DGEAIM) del Gobierno de la Región de Murcia, aportando, asimismo, el aval de constitución de garantías para sus instalaciones⁸².
- (128) El 25 de junio de 2020, REE recibió comunicación de la adecuada constitución de las garantías para once de las doce instalaciones de SHARK POWER. Si bien todas las garantías estaban correctamente constituidas, debido a un error de la Dirección General de Política Energética y Minas (**DGPEM**) del Ministerio de Transición Ecológica no constaba la adecuada constitución de garantías de una de las doce instalaciones, la referida al proyecto para la planta fotovoltaica “*Marlín*” cuya confirmación se retrasó⁸³.

⁷⁸ Solicitud de 3 de junio de 2020 de acceso al nudo FAUSITA 400 kV (MURCIA) para las Plantas solares fotovoltaicas Narval (50,01 MW), Beluga (50,01 MW), Yubarta (50,01 MW), Marsopa (50,01 MW), Marlin (50,01 MW), Barracuda (50,01 MW), Tintorera (50,01 MW), Orca (50,01 MW), Cachalote (50,01 MW), Piraña (50,01 MW), Esturión (50,01 MW) y Siluro (50,01 MW) presentada por SHARK POWER a REE. Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 816).

⁷⁹ LUMINORA SOLAR DOCE, S.L., LUMINORA SOLAR TRECE, S.L., LUMINORA SOLAR CATORCE, S.L., LUMINORA SOLAR QUINCE, S.L. y LUMINORA SOLAR DIECISEIS, S.L. Todas ellas empresas de POWERIS (hoy denominada SOLTEC DEVELOPEMENT).

⁸⁰ LUMINORA es directamente la promotora de la instalación FV Islas Menores I e indirectamente de las instalaciones del resto de sociedades de Poweris (FV Islas Menores II, FV Islas Menores III, FV Islas Menores IV y FV Islas Menores V) de 50 MW cada una.

⁸¹ Registro solicitud inicial de LUMINORA de 24 de junio de 2020. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 350 a 352).

⁸² Recibo de la presentación del aval y solicitud de ser designado IUN de 24 de junio de 2020. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 354 y 355).

⁸³ Comunicación de petición no admitida, pendiente de aval. Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio. La DGPEM requirió la subsanación de la garantía correspondiente a la instalación Marlín promovida por SHARK POWER REN 7, S.L. (folios 817, 819 y 820). La solicitud de dicha subsanación resultó ser errónea, pues todas las instalaciones contaban con la misma información, pero retrasó la confirmación de esta garantía hasta el 24 de julio de 2020. Así como Nueva solicitud de SHARK POWER REN 7 S.L. de acceso individual a la red de transporte en el nudo FAUSITA 400 kV para la planta fotovoltaica MARLIN y recibí de la Dirección General el Oficio con la mencionada confirmación de la adecuada constitución de la garantía -CACG- para la planta MARLIN de la Solicitante SHARK POWER REN 7, S.L., Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 839 y 840 a 843).

- (129) El 29 de junio de 2020, la DGEAIM del Gobierno de la Región de Murcia remitió a REE la correspondiente comunicación por la que confirmaba la adecuada constitución de las garantías depositadas para los proyectos de LUMINORA, ante esa administración con fecha 24 de junio de 2020⁸⁴.
- (130) El 19 de julio de 2020, REE comunicó a LUMINORA la necesidad de tramitar su solicitud individual del 24 de junio de 2020 de forma "*conjunta y coordinada*" a través del IUN que al efecto se designase en la nueva posición del nudo FAUSITA 400 kV⁸⁵.
- (131) Al no existir en ese momento IUN designado, REE tenía que determinar las instalaciones que formarían parte de una primera solicitud coordinada de acceso, esto es, definir el perímetro de referencia.
- (132) Para ello, el día 20 de julio de 2020, REE comunicó a la DGEAIM del Gobierno de la Región de Murcia la situación de las diferentes solicitudes de acceso al nudo FAUSITA 400 kV presentadas de forma individual, constando por error que las garantías correspondientes a once instalaciones promovidas por SHARK POWER estaban "*en análisis*", cuando realmente habían sido confirmadas el 25 de junio de 2020 y figurando como sin constituir garantía la instalación número doce, "*Marlin*"⁸⁶, esta vez por error de la Administración autonómica⁸⁷. En consecuencia, en la práctica, **el 20 de julio de 2020 existían dos solicitudes individuales que podían considerarse contemporáneas (la de LUMINORA y la de SHARK POWER)**. Además, existía una tercera solicitud de ALLEANS PROYECTO, S.L., que no fue aceptada al no haberse constituido las correspondientes garantías, tal y como consta en el cuadro siguiente⁸⁸:

⁸⁴ Correos electrónicos de 29 de junio de 2020 de Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera de la Región de Murcia a la REE. Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 821 a 835).

⁸⁵ Correo electrónico de REE a POWERIS (LUMINORA) con fecha 19 de julio de 2020, con asunto "solicitud de acceso a red pendiente de subsanar. LUMINORA SOLAR DOCE SL_FAUSITA 400 kV". Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 352 y 353).

⁸⁶ "CORRECTA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA: No".

⁸⁷ La instalación número 12 cuya garantía fue constituida con fecha 24 de junio de 2020.

⁸⁸ Comunicación de designación del IUN. Información aportada por LUMINORA en contestación a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folio 26), así como en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 496 a 498).

PROMOTORES	PROYECTO	P _{NST} /P _{NOM} (MW)	CORRECTA CONSTITUCION DE LA GARANTIA
LUMINORA SOLAR DOCE, S.L.	FV ISLAS MENORES I	50/50	Aceptada (pendiente nombramiento de IUN)
LUMINORA SOLAR TRECE, S.L.	FV ISLAS MENORES II	50/50	
LUMINORA SOLAR CATORCE, S.L.	FV ISLAS MENORES III	50/50	
LUMINORA SOLAR QUINCE, S.L.	FV ISLAS MENORES IV	50/50	
LUMINORA SOLAR DIECISEIS, S.L.	FV ISLAS MENORES V	50/50	
POTENCIA TOTAL		250/250	

PROMOTORES	PROYECTO	P _{NOM} /P _{NST} (MW)	CORRECTA CONSTITUCION DE LA GARANTIA
ALLEANS PROYECTO S, S.L.	FV LO POLLO 1	62,5/51,56	No aceptada
	FV LO POLLO 2	62,5/51,56	
	FV LO POLLO 3	62,5/51,56	
	FV LO POLLO 4	62,5/51,56	
POTENCIA TOTAL		250/206,24	

PROMOTORES	PROYECTO	P _{NST} /P _{NOM} (MW)	CORRECTA CONSTITUCION DE LA GARANTIA
SHARK POWER REN 4 S.L.	FV NARVAL	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 5 S.L.	FV BELUGA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 6 S.L.	FV YUBARTA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 6 S.L.	FV MARSOPA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 7 S.L.	FV MARLIN	50,01/50,01	No
SHARK POWER REN 7 S.L.	FV BARRACUDA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 8 S.L.	FV TINTORERA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 8 S.L.	FV ORCA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 9 S.L.	FV CACHALOTE	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 9 S.L.	FV PIRANA	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 10 S.L.	FV ESTURION	50,01/50,01	En análisis
SHARK POWER REN 10 S.L.	FV SILURO	50,01/50,01	En análisis
POTENCIA TOTAL		600,12/600,12	

- (133) El 23 de julio de 2020, la DGPEM del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico comunicó a REE la adecuada constitución de garantías por parte de la instalación Marlin de SHARK POWER⁸⁹.
- (134) El 27 de julio de 2020 **LUMINORA fue designada como IUN en el nudo FAUSITA 400 kV** por la DGEAIM del Gobierno de la Región de Murcia. Asimismo, en dicha resolución, la Administración autonómica mencionaba el “*perímetro de referencia*” establecido el 20 de junio de 2020 por REE del nudo FAUSITA 400 kV, pero sin incluir la adecuada constitución de garantías por parte de la instalación “*Marlin*” de SHARK POWER comunicada por el Ministerio a REE el 23 de julio de 2020⁹⁰.

⁸⁹ Comunicación de 23 de julio de 2020 de la DGPEM relativa a la confirmación de la adecuada constitución de la garantía -CACG- para la planta MARLIN de la Solicitante SHARK POWER REN 7, S.L. Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 841 a 843).

⁹⁰ Resolución de la Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera, de 27 de julio de 2020, por la que se designa Interlocutor Único de Nudo (IUN) de la subestación de transporte FAUSITA 400 kV Ubicada en Cartagena, Murcia, a Luminora Solar Doce, S.L. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 356 a 358, 496 a 498 y 844 a 846).

- (135) El 28 de julio 2020, **REE remitió un correo electrónico a LUMINORA en el que confirmaba que procedería a publicar en su página web su nombramiento como IUN en el nudo FAUSITA 400 kV**⁹¹.
- (136) **Ese mismo día, el 28 de julio de 2020, LUMINORA presentó, como IUN, la primera solicitud coordinada de acceso (SCA1) al nudo FAUSITA 400 kV que únicamente incluía las instalaciones de las que la propia LUMINORA era directa o indirectamente promotora**⁹². En concreto, esta SCA1 incluía la instalación de la propia LUMINORA (FV Islas Menores I) y las instalaciones del grupo empresarial de LUMINORA, pertenecientes a las sociedades de Powertis⁹³ (FV Islas Menores II, FV Islas Menores III, FV Islas Menores IV y FV Islas Menores V).
- (137) Asimismo, el 28 de julio de 2020, REE comunicó a LUMINORA: (i) la recepción de la SCA1; (ii) la toma de razón de la designación de la Sociedad como IUN; y (iii) la admisión a trámite de dicha SCA1 (*“pasamos a dar trámite a su solicitud de acceso con dicha consideración de IUN”*)⁹⁴.
- (138) El 30 de julio de 2020, **REE publicó en su página web el nombramiento de LUMINORA como IUN del nudo FAUSITA 400 kV**⁹⁵.
- (139) El mismo día 30 de julio de 2020, **SHARK POWER remitió la misma comunicación al IUN y a REE, en la que ponía en conocimiento la existencia de sus solicitudes de acceso, previas al nombramiento del IUN**, para asegurarse de que no se tramitase la primera solicitud coordinada de acceso sin incluir las solicitudes de SHARK POWER⁹⁶. A este respecto, LUMINORA alegó, sin embargo, haber recibido dicha comunicación mediante fax el 25 de agosto de 2020⁹⁷ como figura en el localizador de envío de correos,

⁹¹ Correo electrónico de 28 de julio de 2020 de REE a LUMINORA, Asunto: IUN FAUSITA 400 kV (posición planificada RDL 15/2018). Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 359 y 499).

⁹² Registro de la SCA1. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 362, 363, 502 y 503).

⁹³ LUMINORA SOLAR TRECE, S.L., LUMINORA SOLAR CATORCE, S.L., LUMINORA SOLAR QUINCE, S.L. y LUMINORA SOLAR DIECISEIS, S.L.

⁹⁴ Correo electrónico de 28 de julio de 2020, de REE a POWERIS (LUMINORA). Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 500 y 501).

⁹⁵ Correo electrónico interno de POWERIS (LUMINORA) de 30 de julio de 2020. Información aportada por LUMINORA en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folio 55).

⁹⁶ Solicitud inicial del conflicto de acceso planteado por SHARK POWER. Información aportada por SHARK POWER en Solicitud inicial del conflicto de acceso, CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio: Carta, sin sello de salida remitida por SHARK POWER (folio 725).

⁹⁷ Según información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 300), así como en la contestación de LUMINORA a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folios 44 a 47).

tras varios intentos infructuosos de notificación por ausencia del destinatario (el 31 de julio, el 3 y 4 de agosto de 2020). Lo anterior pese a que, como se refleja en dicho documento, SHARK POWER dirigió su comunicación mediante burofax a la misma dirección postal de contacto indicada por LUMINORA a REE y publicada en la web de esta última, a los efectos de su designación como IUN⁹⁸.

- (140) Sin perjuicio de esa circunstancia, ese mismo día, el 30 de julio de 2020, **SHARK POWER contactó telefónicamente con LUMINORA**. En dicha conversación telefónica, LUMINORA comunicó a SHARK POWER la existencia de una solicitud de acceso (SCA1) presentada, que la propia LUMINORA, como IUN del nudo, había remitido a REE el día 28 de julio de 2020 (antes de que SHARK POWER tuviera constancia de la designación del IUN)⁹⁹.
- (141) LUMINORA afirma que, independientemente de que el burofax enviado por SHARK POWER fuera recibido el día 25 de agosto de 2020, SHARK POWER no se dirigió a la persona de contacto del IUN publicada en la web de REE. Igualmente, cuando SHARK POWER contactó telefónicamente con REE y LUMINORA, no habría contactado con la persona que figuraba como contacto en la web de REE, pese a ser indicado telefónicamente por parte de LUMINORA.
- (142) Según LUMINORA, en todo caso, el 25 de agosto de 2020 cuando recibió el burofax, SHARK POWER no aportó la información y documentación obligatoria para su inclusión en una SCA y no habría sido hasta el 15 de octubre de 2020 cuando SHARK POWER contactó con LUMINORA, para comunicar la necesidad de suspender el procedimiento de acceso al nudo al haberse interpuesto conflicto de acceso¹⁰⁰.
- (143) En relación con la alegación de LUMINORA respecto al contenido, fechas y destinatarios del burofax remitido por SHARK POWER el 25 de agosto de 2020,

⁹⁸ Correo electrónico de 28 de julio de 2020 de REE a LUMINORA, Asunto: IUN FAUSITA 400 kV (posición planificada RDL 15/2018), información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 359 y 499) y contestación de LUMINORA a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folios 44 a 47), en la que se hace referencia a la siguiente dirección de contacto, coincidente, de LUMINORA: Calle Principipe de Vergara ° 43, planta 6ª.

⁹⁹ Información contenida en Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución de 8 de julio de 2020 de la SSR en el conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV -Murcia, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 771).

¹⁰⁰ Correo electrónico enviado por LUMINORA a SHARK POWER el 15 de octubre de 2020, Asunto: Fwd: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN _FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_28sep20, aportado por LUMINORA en contestación a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folio 48).

procede remitirse a los hechos acreditados en la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 que resolvió el CFT/DE/134/20, en la que dichas alegaciones ya fueron presentadas por LUMINORA sin que fueran consideradas relevantes por dicha Resolución al objeto de resolver el objeto del conflicto.

- (144) De acuerdo con los *Criterios del procedimiento de acceso de REE*¹⁰¹, a los que también alude LUMINORA en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, si bien la aportación de una solución de conexión conjunta y con información completa es un requisito imprescindible para la tramitación de las solicitudes de acceso, es posible la subsanación de la misma y en todo caso, la falta de provisión de la información en el plazo de un mes para que el IUN proceda a su integración en la solicitud, llevaría a la exclusión de la solicitud coordinada de la(s) planta(s) con información técnica individual pendiente. Es decir, que, pese a lo sostenido por LUMINORA en sus alegaciones¹⁰², de acuerdo con los *Criterios* del procedimiento de acceso de REE, **LUMINORA debería haber realizado alguna de las tres SCAs incluyendo las solicitudes de SHARK POWER, por figurar en el perímetro de referencia indicado por REE, siendo dicho operador del sistema el responsable de requerir la subsanación a SHARK POWER, y en su caso, excluirla de su decisión final.**
- (145) El 17 de agosto de 2020, REE recibió las solicitudes de acceso individuales de DESARROLLOS RENOVABLES EÓLICOS Y SOLARES, S.L.U. (DRES) y ALLEANS PROYECTO 2, S.L. (ALLEANS)¹⁰³.
- (146) **El 29 de agosto de 2020 LUMINORA presentó una segunda solicitud de acceso coordinada (SCA2) ante REE que incluía –además de las instalaciones de la SCA1, las promovidas por la propia LUMINORA–, las instalaciones promovidas por DESARROLLOS RENOVABLES EÓLICOS Y SOLARES, S.L.U. y ALLEANS PROYECTO 2, S.L.,¹⁰⁴ pero sin incluir las de**

¹⁰¹ “Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte de REE”, información aportada por LUMINORA en el ámbito del conflicto de acceso e incorporada mediante deducción de testimonio (folios 405 a 409).

¹⁰² Véase, por ejemplo, el párrafo 88 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

¹⁰³ Información contenida en Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV - Murcia, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 950).

¹⁰⁴ Cinco proyectos de DESARROLLOS RENOVABLES EÓLICOS Y SOLARES, S.L.U. (del grupo ACCIONA) y dos de ALLEANS PROYECTO 2, S.L. (con matriz británica ALLEANS RENEWABLES CAPITAL INTERNATIONAL LTD).

SHARK POWER, alegando no haber recibido la documentación pertinente para incluirla en la SCA¹⁰⁵.

- (147) El 31 de agosto de 2020, **SHARK POWER¹⁰⁶ planteó ante la CNMC un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica de REE frente a LUMINORA por negarse, en su condición de IUN del nudo FAUSITA 400 kV, a incluir en una solicitud coordinada de acceso las instalaciones promovidas por la reclamante**, impidiendo con ello que REE pudiera tenerla en cuenta en un eventual reparto de la capacidad disponible en el nudo, pues ni siquiera habría recibido la solicitud de acceso de SHARKPOWER¹⁰⁷.
- (148) Para LUMINORA la presentación de este conflicto no tendría fundamento, porque: (i) nunca se habría negado a incluir en una SCA las instalaciones promovidas por SHARK POWER, sino que habría actuado en este punto al amparo de la normativa existente; (ii) tampoco habría impedido que REE pudiera tener en cuenta a SHARK POWER en un eventual reparto de la capacidad disponible en el nudo, sino que no habría recibido la solicitud de acceso de SHARK POWER. En todo caso, REE sí tuvo en cuenta la solicitud individual inicial de SHARK POWER, cuando tras valorar la SCA1, y antes de saber que SHARK POWER había planteado un conflicto de acceso ante la CNMC, REE informó a LUMINORA, SHARK POWER y ALLEANS, de que la SCA1 no era correcta y de que sus solicitudes individuales presentadas antes del nombramiento del IUN entraban dentro del perímetro de referencia y debían ser incluidas dentro de una misma solicitud coordinada.
- (149) No se cuestionan los hechos acreditados en la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 en el ámbito del conflicto de acceso ni tampoco es objeto de análisis la actuación de REE. Precisamente, del relato de los hechos acreditados, tal y como refleja la Resolución del conflicto de 8 de julio de 2021, y pese a lo que ahora mantiene en sus alegaciones¹⁰⁸, **LUMINORA se negó expresamente el 25 de septiembre de 2020** (como se recoge el párrafo (153) *infra*), **a pesar de las indicaciones de REE, a incluir las solicitudes de SHARK POWER en las siguientes SCA: “Así las cosas, tras un primer**

¹⁰⁵ Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente, así como en Registro de segunda coordinada CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 301, 370 y 371).

¹⁰⁶ SHARK POWER REN 4, S.L., SHARK POWER REN 5, S.L., SHARK POWER REN 6, S.L., SHARK POWER 7 REN, S.L., SHARK POWER REN 8, S.L., SHARK POWER REN 9, S.L. Y SHARK POWER REN 10, S.L.

¹⁰⁷ En el ámbito del CFT/DE/134/20, REE alegó que el conflicto debería haberse inadmitido, al estar las solicitudes de acceso afectadas en tramitación, y no haber sido otorgadas ni denegadas por REE. Asimismo, REE señaló que la problemática ocurrida en el nudo FAUSITA 400 kV no había llegado a resolverse mediante una decisión jurídicamente vinculante, en la que se hubiese requerido a SHARK POWER que remitiera su solicitud al IUN y se compeliere al IUN a remitir una solicitud coordinada de acceso en la que se incluyeran las plantas de SHARK POWER (folios 790 a 801).

¹⁰⁸ Párrafos 274 y siguientes de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

requisito de subsanación, el 18 de septiembre de 2020, REE remite una comunicación al IUN instando a la realización de una solicitud conjunta y coordinada de acceso que incluyera las plantas de SHARK POWER, a lo que LUMINARA (sic) se niega, obligando a REE a no resolver sobre la solicitud coordinada de acceso planteada por el IUN”¹⁰⁹ (énfasis añadido).

- (150) Mediante correo electrónico de 9 de septiembre de 2020, REE comunicó a LUMINORA el rechazo de la SCA2 presentada *"por incluir instalaciones que solicitan de forma simultánea acceso a otro nudo de la red de transporte"*¹¹⁰. En dicho correo, y para admitir a trámite el resto de las instalaciones, REE reclamó a LUMINORA, como IUN, la presentación de una nueva solicitud que excluyera las citadas instalaciones¹¹¹.
- (151) Ese mismo día 9 de septiembre de 2020, LUMINORA procedió a registrar una subsanación de la SCA2, eliminando las instalaciones a las que hacía referencia REE¹¹², pero manteniendo las promovidas por ALLEANS PROYECTO 2 S.L. (concretamente LO POLLO1 y LO POLLO 4)¹¹³.
- (152) El 18 de septiembre de 2020, rectificando el error incurrido con relación a las garantías de SHARK POWER, REE **instó, mediante correo electrónico, a LUMINORA para que presentara una SCA en la que se incluyeran sus instalaciones junto con las solicitudes individuales recibidas con carácter previo a su nombramiento como IUN** (perímetro de referencia de 27 de julio

¹⁰⁹Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV -Murcia-.Incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 552).

¹¹⁰ Concretamente, se constató por REE que las plantas de DESARROLLOS RENOVABLES EÓLICOS Y SOLARES, S.L.U. incluidas en la SCA2 (FV LOS GARRIDOS, FV LOS NIETOS, FV MAR DE CRISTAL, FV MINGOTE y FV SAN GINÉS) estaban en ese momento integradas en una solicitud previa de acceso en curso en FAUSITA 220 Kv. además de en el nudo FAUSITA 400 kV objeto del presente conflicto. Correo de 9 de septiembre de 2020, enviado por REE a LUMINORA Asunto: MiAccesoREE: Alta de nueva petición de Acceso en FAUSITA – 400 kV. Registro de subsanación de la SCA2 (folios 372 y 373, 513 a 515).

¹¹¹ Correo de 9 de septiembre de 2020, de REE a LUMINORA, Asunto: MiAccesoREE: Rechazo de petición Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 863).

¹¹² Más concretamente, las instalaciones de DESARROLLOS RENOVABLES EÓLICOS Y SOLARES, S.L.U. FV LOS GARRIDOS, FV LOS NIETOS, FV MAR DE CRISTAL, FV MINGOTE y FV SAN GINÉS.

¹¹³Correo de 9 de septiembre de 2020, de REE a LUMINORA, Asunto: MiAccesoREE: Rechazo de petición Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 516-517), así como información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, Nueva solicitud de acceso coordinada de LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. de fecha 9 de septiembre de 2020 incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 864 a 879).

de 2020), entre las que identificaba las 12 instalaciones de SHARK POWER¹¹⁴:

“Una vez identificado Interlocutor Único de Nudo por parte de la administración autonómica para una nueva posición de evacuación renovable en la subestación de la red de transporte de FAUSITA 400 kV, les informamos que de acuerdo con las indicaciones publicadas en la página web sobre los “Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte (...) es necesario realizar una nueva solicitud coordinada incluyendo las solicitudes individuales recibidas con carácter previo a su nombramiento como IUN para conexión en dicho nudo. Todo ello, como quiera que las fechas de las garantías y de las solicitudes se cruzan, resultando concurrentes (agrupables) en el tiempo todas las solicitudes. Para ello, a continuación, les indicamos en la columna de “IGRES”, la relación de plantas para las que son considerados entre los primeros promotores concurrentes (perímetro de referencia a fecha de 27 de julio de 2020, como fecha de nombramiento de IUN):

IGRES	MW P _{INST} /P _{NOM}	PRODUCTOR	CACG	PRD
FV Isla Menores I	50 / 50	LUMINORA SOLAR DOCE SL	OK	OK
FV Isla Menores II	50 / 50	LUMINORA SOLAR TRECE SL	OK	OK
FV Isla Menores III	50 / 50	LUMINORA SOLAR CATORCE SL	OK	OK
FV Isla Menores IV	50 / 50	LUMINORA SOLAR QUINCE SL	OK	OK
FV Isla Menores V	50 / 50	LUMINORA SOLAR DIECISEIS SL	OK	OK
FV Lo Pollo 1	62,5 / 51,56	ALLEANS PROYECTO 2, S.L.	Pendiente	OK
FV Lo Pollo 2	62,5 / 51,56		Pendiente	OK
FV Lo Pollo 3	62,5 / 51,56		Pendiente	OK
FV Lo Pollo 4	62,5 / 51,56		Pendiente	OK
FV Narval	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 4, S.L.	OK	OK
FV Beluga	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 5, S.L.	OK	OK
FV Yubarta	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 6, S.L.	OK	OK
FV Marsopa	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 6, S.L.	OK	OK
FV Marlin	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 7, S.L.	OK	OK
FV Barracuda	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 7, S.L.	OK	OK
FV Tintorera	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 8, S.L.	OK	OK
FV Orca	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 8, S.L.	OK	OK
FV Cachalote	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 9, S.L.	OK	OK
FV Piraña	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 9, S.L.	OK	OK
FV Esturión	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 10, S.L.	OK	OK
FV Siluro	50,01 / 50,01	Shark Power Ren 10, S.L.	OK	OK
TOTAL	1.100,1 / 1.056,34			

115

Teniendo en cuenta los criterios indicados, rogamos revisen las agrupaciones de instalaciones a incluir como solicitud conjunta y coordinada, y en

¹¹⁴ Correo interno de POWERIS (LUMINORA) de 18 de septiembre de 2020, Asunto: RV: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_18sep20. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 377 a 380 y 880).

¹¹⁵ Tabla realizada por la Dirección de Competencia a partir de información reflejada en los folios 378 y 379.

coordinación con los titulares de las instalaciones de la Tabla anterior, realicen a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo de un mes desde la presente la correspondiente solicitud coordinada.

En relación con la solicitud de acceso coordinada mencionada, está deberá incluir las plantas concretas pertenecientes al “perímetro de referencia” (de las instalaciones de la Tabla 1), incorporando el acuerdo entre las partes”.

- (153) El 25 de septiembre de 2020, **LUMINORA comunicó a REE que consideraba improcedente su requerimiento** y que no procedía tramitar una nueva SCA, dado que la primera solicitud de acceso a la red presentada, admitida y aún en trámite, incluía las solicitudes de acceso que cumplían los requisitos para ser incluidas dentro del perímetro de referencia de la primera SCA a la red de conformidad con los criterios aprobados por REE¹¹⁶:

“Sin perjuicio de lo expuesto, cabe subrayar también que la relación de plantas incluidas dentro perímetro de referencia indicado en la comunicación de REE de 18 de septiembre es incorrecta, por cuanto:

- ALLEANS PROYECTO 2, S.L. ya ha desistido de dos de sus cuatro proyectos (FV LO POLLO 2 y FV LO POLLO 3), de modo que no deberían de aparecer en dicho perímetro.

- REE comunicó a la Administración a la hora de designar el IUN, que las garantías relativas a las plantas promovidas por ALLEANS PROYECTO 2, S.L. no habían sido aceptadas por la Administración, de modo que, a fecha de 27 de julio de 2020, no podían ser incluidas dentro del perímetro de referencia de la primera solicitud de acceso coordinada. Y no puede tomarse como referencia el 18 de septiembre de 2020.

- REE comunicó a la Administración a la hora de designar el IUN, que las garantías relativas a las plantas promovidas por SHARK POWER REN 4 – 10, S.L. o bien aún se encontraban pendientes de análisis o bien habían sido denegadas, de modo que, a fecha de 27 de julio de 2020, no podían ser incluidas dentro del perímetro de referencia de la primera solicitud de acceso coordinada. Pues bien, en la comunicación de REE de 18 de septiembre de 2020 se indica que todas las garantías relativas a las plantas promovidas por SHARK POWER REN 4 – 10, S.L. han sido aceptadas, lo que es incorrecto teniendo en cuenta la fecha que debe atribuirse al perímetro de referencia de la primera solicitud de acceso coordinada”.

¹¹⁶ Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio. Escrito dirigido por LUMINORA a REE “Asunto: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_18sep20”(folios 381 a 389), que consta igualmente en información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 880, 881 a 925).

- (154) Tras recibir la comunicación de REE de 18 de septiembre de 2020, LUMINORA alega que informó, hasta en dos ocasiones¹¹⁷ a REE de que no podía incluir las instalaciones de SHARK POWER porque ésta no había remitido la solicitud completa requerida, razón por la que no incluyó las instalaciones de SHARK POWER ni en la SCA2 ni en la SCA3. Esta comunicación de LUMINORA a REE demostraría, según la empresa imputada, la buena fe de su actuación, ya que sí incluyó todas las solicitudes de los promotores que le remitieron la información y documentación necesaria para cumplimentar las solicitudes coordinadas de acceso (las de ALLEANS y DRES), de acuerdo con lo indicado en la normativa aplicable.
- (155) Según LUMINORA, la información requerida para formar parte de las SCA solo fue enviada por SHARK POWER el 22 de julio de 2021, a solicitud de LUMINORA (el 20 de julio de 2021)¹¹⁸, con el fin de poder cumplir con lo indicado en la Resolución de la SSR del conflicto de 8 de julio de 2021. LUMINORA considera que mantuvo el mismo criterio de actuación con todos los operadores que solicitaron el acceso al nudo FAUSITA 400 kV.
- (156) Como ya se ha indicado previamente, fue la SSR de la CNMC en la resolución del conflicto de 8 de julio de 2021¹¹⁹ la que obligó a LUMINORA a cumplir con las instrucciones de REE y a presentar una nueva y única SCA que incluyese no solo las instalaciones de LUMINORA, sino también a las 12 instalaciones pertenecientes a SHARK POWER y como consta en la propia resolución del conflicto de acceso, sin hacer referencia a si se debía o no haber enviado la documentación completa al IUN. A este respecto, **la resolución en cuestión concluye que LUMINORA no había actuado correctamente en su actuación como IUN, ni con el mismo criterio de actuación: en la primera SCA no esperó a que el resto de empresas promotoras conociera su designación como IUN y pudieran dirigirle su solicitud de acceso, con el fin de figurar como primera y única solicitante** (*"Sin duda, LUMINORA no solo se excede de las funciones del IUN, sino que utiliza su posición para*

¹¹⁷ Escrito de alegaciones enviado por LUMINORA a REE el 25 de septiembre de 2020 (folio 892) y comunicación enviada por LUMINORA a REE el 9 de octubre de 2020 (folio 938), información incorporada al expediente mediante deducción de testimonio.

¹¹⁸ Correo enviado por SHARK POWER a LUMINORA, con fecha 27 de julio de 2021, Asunto: RE: Info. solicitud coordinada FAUSITA 400. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al PCH (folios 1446 y 1447).

¹¹⁹ **"Dicho acceso no discriminatorio solo se asegura mediante una nueva y única solicitud de acceso conjunta que incluya las instalaciones de LUMINORA y las de SHARK POWER, incluida en este caso la instalación denominada "Marlin", en tanto que la solicitud de la misma se llevó a cabo de forma correcta y completa el día 3 de junio de 2020"**. Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas "Narval" "Beluga" "Yubarta" "Marsopa" "Marlin" "Barracuda" "Tintorera" "Orca" "Cachalote" "Piraña" "Esturión" y "Siluro" de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV - Murcia-. Incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 541 a 557).

adelantar sus solicitudes sobre las previas de SHARK POWER¹²⁰; y en las siguientes SCA, se negó a seguir las indicaciones de REE de incluir las solicitudes de SHARK POWER, hasta en dos ocasiones¹²¹.

- (157) REE nunca llegó a contestar a esta comunicación, al entender que debía resolverse previamente por la CNMC la situación de tramitación existente en el nudo FAUSITA 400 kV¹²².
- (158) El día 25 de septiembre 2020, **SHARK POWER informó a REE, mediante un correo electrónico, que el conflicto de acceso ante la CNMC había sido admitido a trámite y, solicitaba formalmente "suspender el procedimiento de acceso al nudo de FAUSITA 400 kV", de acuerdo con lo previsto en la guía de "Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte" elaborada por REE¹²³.**
- (159) El 29 de septiembre de 2020 REE recibió oficio de la DGPEM en relación con la constitución de las garantías de las dos instalaciones de generación de ALLEANS PROYECTO 2, S.L.¹²⁴, informando de la presentación del resguardo del depósito de la garantía producido el 22 de septiembre de 2020. Como dicho resguardo se obtuvo con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-

¹²⁰ "La exigencia extemporánea de LUMINORA de exigir que le envíe a él la solicitud ya formulada es una traba evidente para el ejercicio del derecho de acceso a la red, más cuando el objetivo es incluirla en una solicitud posterior a la de las propias instalaciones de LUMINORA. Sin duda, LUMINORA no solo se excede de las funciones del IUN, sino que utiliza su posición para adelantar sus solicitudes sobre las previas de SHARK POWER". Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas "Narval" "Beluga" "Yubarta" "Marsopa" "Marlin" "Barracuda" "Tintorera" "Orca" "Cachalote" "Piraña" "Esturión" y "Siluro" de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV - Murcia.-Incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 554 y 555).

¹²¹ Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio. Escrito dirigido por LUMINORA a REE "Asunto: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_18sep20"(folios 381 a 389), que consta igualmente en información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 880, 881 a 925). Y escrito de 9 de octubre de 2020 de LUMINORA a REE OBJETO: SOLICITUD DE CONTINUAR CON PERMISOS DE ACCESO, aportado por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 938).

¹²² Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 798).

¹²³ Correo enviado por SHARK POWER a REE con fecha 25 de septiembre de 2020, Asunto: RE: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV perímetro referencia 27jul20_18sep20. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio, así mismo aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 390 y 926 respectivamente).

¹²⁴ LO POLLO 1 y LO POLLO 4.

ley 23/2020, (RD-L 23/2020)¹²⁵, ya no se podían incluir en la excepción de la **no admisión de nuevas solicitudes de permisos de acceso**¹²⁶.

- (160) El 6 de octubre de 2020 y ante la falta de respuesta de REE a su correo de 25 de septiembre, SHARK POWER envió un nuevo correo electrónico a REE, adjuntando la documentación justificativa de la admisión a trámite del conflicto¹²⁷. Posteriormente, el 15 de octubre de 2020, SHARK POWER remitió a REE un nuevo correo electrónico instándola a confirmar la suspensión del procedimiento. REE nunca llegó a contestar a estas comunicaciones¹²⁸.
- (161) LUMINORA cuestiona que la tramitación de solicitudes estuviera en suspenso el 25 de septiembre de 2020, dado que, en este correo electrónico, SHARK POWER informó a REE del planteamiento del mencionado conflicto de acceso ante la CNMC, no de la admisión a trámite de este que tuvo lugar el 5 de octubre de 2020, tal y como informó SHARK POWER a REE por correo electrónico de 6 de octubre de 2020. Por tanto, para LUMINORA sólo pudo suspenderse, como pronto, el 6 de octubre de 2020, de acuerdo con lo establecido en el Criterio de Actuación Tercero del documento de REE *“Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte”*¹²⁹, por lo que cuando se admitió a trámite el conflicto, a juicio de LUMINORA, REE estaba ocupándose de las solicitudes recibidas y disponía de

¹²⁵ Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica: Disposición transitoria primera. Nuevas solicitudes de permisos de acceso.

“Desde la entrada en vigor de este real decreto-ley y hasta la aprobación por el Gobierno y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, respectivamente, del real decreto y la circular normativa que desarrollen el artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, no se admitirán por los gestores de red nuevas solicitudes de permisos de acceso para plantas de producción de energía eléctrica ni por la capacidad existente a la entrada en vigor del real decreto-ley ni por la que resulte liberada con posterioridad como consecuencia de los desistimientos, caducidades o cualquier otra circunstancia sobrevenida.

No obstante, sí serán admitidas por los gestores de red aquellas solicitudes que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley, hayan remitido a la administración competente para la tramitación de las autorizaciones el resguardo acreditativo de haber depositado las garantías económicas para la tramitación de los permisos de acceso”.

¹²⁶ Información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 797).

¹²⁷ Correo electrónico enviado por SHARKPOWER a REE con fecha 6 de octubre de 2020 Asunto: RE: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_18sep20. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 390).

¹²⁸ Correo electrónico enviado por SHARKPOWER a REE con fecha 15 de octubre de 2020 Asunto: RE: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_18sep20 Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 394 a 398).

¹²⁹ *“Criterios de actuación para facilitar la coordinación en el procedimiento de acceso a la red de transporte”* información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 405 a 4109).

toda la información necesaria para llegar a la misma conclusión a la que llegó la SSR en la resolución del conflicto.

- (162) la CNMC ya se pronunció sobre esta cuestión en la referida resolución:¹³⁰ *“No es necesario como alega REE que haya habido una denegación de acceso expresa por su parte para que se plantee conflicto de acceso, basta como es el caso que exista una discrepancia sobre el acceso y que la tramitación ordinaria de los permisos no se esté llevando a cabo por las discrepancias, como es el caso, en relación a las distintas solicitudes de acceso. Por ello, el conflicto planteado por SHARK POWER es admisible, en tanto que la tramitación ordinaria está suspendida y ni REE va a resolver las solicitudes de LUMINORA ni LUMINORA va a incluir, en su caso, las solicitudes de acceso de SHARK POWER. Esta situación de discrepancia puede resolverse sin duda mediante la vía del conflicto de acceso”*.
- (163) El 9 de octubre de 2020, habiendo sido rechazada el 6 de octubre de 2020 la petición coordinada de acceso con las instalaciones promovidas por ALLEANS PROYECTO 2, S.L.¹³¹, LUMINORA informó a REE de que no tenía constancia de la recepción de la comunicación aportando la información necesaria para incluir en la solicitud coordinada las instalaciones de SHARK POWER, reiterando su interés en continuar con el trámite para la concesión del acceso al nudo FAUSITA 400 kV y realizar una nueva solicitud coordinada de acceso¹³²:
- “Habiendo sido rechazada el 06/10/2020 la petición coordinada de acceso con otro promotor, y a fecha de redacción de este escrito 09/10/2020 les indicamos que como IUN DEL NUDO FAUSITA 400 kV **no hemos recibido ninguna comunicación aportando la información necesaria para realizar solicitud coordinada de ningún otro promotor.***
- Por ello, reiteramos nuestro interés en continuar el trámite para la concesión del ACCESO a la subestación FAUSITA 400 kV y realizamos una nueva petición de ACCESO”*.
- (164) **El 14 de octubre de 2020, LUMINORA, desoyendo las indicaciones de REE de 18 de septiembre de 2020, procedió a registrar una tercera solicitud**

¹³⁰ Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución de 8 de julio de 2020 de la SSR del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV - Murcia. Incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 549).

¹³¹ Por no tener acreditada la presentación de las garantías con carácter previo a la entrada en vigor del RDL 23/2020.

¹³² Escrito de 9 de octubre de 2020 de LUMINORA a REE OBJETO: SOLICITUD DE CONTINUAR CON PERMISOS DE ACCESO, aportado por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 938).

coordinada de acceso (SCA3), incluyendo únicamente los proyectos de la propia LUMINORA¹³³.

- (165) Según sostiene LUMINORA, su actuación se debió a que REE tampoco respondió a su segundo escrito de 9 de octubre de 2020, y a que SHARK POWER seguía sin enviarle ninguna solicitud ni documentación alguna, y además LUMINORA había comunicado previamente, en ese correo de 9 de octubre a REE, la razón de esta exclusión, por lo que REE estaba por tanto en condiciones de valorar la SCA3 al disponer de toda la información relevante.
- (166) De hecho, que REE dispusiese de toda la información relevante necesaria es lo que explica, según LUMINORA, la comunicación de 18 de septiembre de 2020 de REE a LUMINORA (IUN), a SHARK POWER y ALLEANS como operadores solicitantes de acceso interesados incluidos en el perímetro de referencia: *“REE no habría sabido ni podido cumplir “con su función de garante de la igualdad y la no discriminación en el acceso”, y además “de forma adecuada” como indica la SSR en la Resolución del Conflicto¹³⁴, si no hubiese dispuesto de la información relevante necesaria para rectificar la solicitud coordinada de acceso presentada por el IUN”¹³⁵*. Lo mismo sostiene LUMINORA respecto de la SCA2 en la que incluyó las solicitudes de acceso que recibió en su calidad de IUN de parte de ALLEANS y DRES pero no las de SHARK POWER y la SCA3, que como se ha señalado previamente, según LUMINORA antes de presentarla, informó hasta en dos ocasiones a REE de que ningún operador le había remitido la documentación necesaria para incluir su solicitud en una SCA.
- (167) Esta Sala considera que dichas alegaciones no justifican la actuación de LUMINORA, que es lo que se está analizando en este expediente sancionador, cuyo objeto no versa sobre el posible acceso a la red de transporte de SHARK POWER, cuestión solventada mediante la resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, sino que analiza si LUMINORA se extralimitó en el ejercicio de sus facultades como IUN, favoreciendo el acceso de sus proyectos al nudo FAUSITA 400 kV, frente al derecho del resto de solicitantes que competían por acceder al mismo nudo en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación.

¹³³ Registro de la SCA3 Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 531).

¹³⁴ Información contenida en Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV - Murcia, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 554 y 555). Pie de página introducido por la Dirección de Competencia en esta cita, para centrar su origen.

¹³⁵ Información aportada por LUMINORA en alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (folio 1403).

- (168) El 20 de octubre de 2020, LUMINORA recibió comunicación de REE en la que se señalaba que la SCA3 quedaba en suspenso, así como todas las solicitudes que se presentaran posteriormente, hasta la resolución del conflicto CFT/DE/134/20¹³⁶.
- (169) El 8 de julio de 2021 la Resolución de la SSR **estimó el conflicto presentado por SHARK POWER**, considerando acreditado que¹³⁷:
- “[...] **las solicitudes de acceso de las instalaciones de SHARK POWER fueron presentadas el día 3 de junio de 2020, tres semanas antes que las de LUMINORA. Es más, salvo para el caso de la instalación de Marlin, la confirmación de la garantía de once de las doce instalaciones fue anterior a la confirmación de las garantías de la propia LUMINORA**” (énfasis añadido).
 - “[...] LUMINORA planteó una solicitud de acceso solo con sus instalaciones el día 28 de julio de 2020, antes de la publicación en la web de su designación como IUN y sin tener en cuenta la existencia de otras instalaciones que estaban reflejadas en la resolución de la Comunidad Autónoma. **Es evidente que su rápida actuación pretendía garantizarle un acceso completo al nudo, evitando la entrada de terceros**” (énfasis añadido).
 - **“La actitud posterior de LUMINORA es así mismo reprochable. Su exigencia, jurídicamente injustificada de que SHARK POWER le dé traslado de una solicitud directamente a él como IUN, desconociendo que ya había solicitado a REE el día 3 de junio de 2020, solo tiene como fin crear la apariencia de que la solicitud de SHARK POWER es posterior a la suya, justo cuando es lo contrario**” (énfasis añadido).
 - Todas estas consideraciones conducen a que la estimación del presente conflicto conlleva **que deba asegurarse un acceso no discriminatorio entre todas las instalaciones que habían solicitado acceso individual a REE en relación con la nueva posición del nudo FAUSITA 400Kv antes del cierre del perímetro de referencia [...]. Dicho acceso no discriminatorio solo se asegura mediante una nueva y única solicitud de acceso conjunta que incluya las instalaciones de LUMINORA y las de SHARK POWER [...]** (énfasis añadido).
- (170) Para asegurar un acceso no discriminatorio de todas las instalaciones que habían solicitado acceso individual a REE al nudo FAUSITA 400 kV antes del cierre del perímetro de referencia¹³⁸, la Resolución de la SSR de 8 de julio de

¹³⁶ Correo electrónico de REE a LUMINORA de 20 de octubre de 2020, Asunto: RE: Comunicación relativa a su solicitud realizada por LUMINORA SOLAR DOCE S.L., en el nudo FAUSITA 400 kV. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 535).

¹³⁷ Resolución del conflicto de acceso 8 de julio de 2021 de la SSR de la CNMC. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 541 a 557).

¹³⁸ Sin que corresponda tampoco dar prioridad a las solicitudes de SHARK POWER sobre la de LUMINORA, aun cuando temporalmente sea anterior porque la delimitación del perímetro de referencia de fecha 20 de julio de 2020, tal y como figura en la Resolución de designación del IUN de 27 de julio de 2020 por parte de REE fue correcta, salvo su error en relación con la situación de la confirmación de la adecuada constitución de las garantías.

2021 daba un mes al IUN para la presentación de una nueva y única solicitud de acceso conjunta que incluyera las instalaciones de LUMINORA y las de SHARK POWER, incluida en este caso la instalación denominada “Marlín”, en tanto que su solicitud se había llevado a cabo de forma correcta y completa el día 3 de junio de 2020. **Se subraya, asimismo, la conveniencia de que la CNMC vigile el cumplimiento de la Resolución del conflicto de acceso “a la vista de la actuación de LUMINORA”** en el ejercicio de las funciones de IUN.

4.2. Estado actual en el nudo

- (171) En cumplimiento de lo dispuesto en la resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, el 2 de agosto de 2021, se solicitó por LUMINORA, en su condición de IUN acceso coordinado y conjunto en el nudo FAUSITA 400 kV, para 17 instalaciones propiedad de LUMINORA y SHARK POWER, los proyectos obtuvieron acceso al nudo FAUSITA 400 kV, el 30 de septiembre de 2021¹³⁹, hasta la capacidad máxima admisible en dicho nudo. La determinación de la asignación de la capacidad de acceso para cada instalación se realizó por REE de forma proporcional a la capacidad de acceso solicitada, en los siguientes términos:

TITULAR	PLANTA FOTOVOLTAICA	CAPACIDAD A COMPUTAR PARA PROPORCIONALIDAD [MW]	CAPACIDAD DE ACCESO OTORGADA [MW]
LUMINORA SOLAR DOCE, S.L.	FV ISLAS MENORES I	49,995	19,96
LUMINORA SOLAR TRECE, S.L.	FV ISLAS MENORES II	49,995	19,96
LUMINORA SOLAR CATORCE, S.L.	FV ISLAS MENORES III	49,995	19,95
LUMINORA SOLAR QUINCE, S.L.	FV ISLAS MENORES IV	49,995	19,95
LUMINORA SOLAR DIECISEIS, S.L.	FV ISLAS MENORES V	49,995	19,95
SHARK POWER REN 4, S.L.	FV NARVAL	50,01	19,97
SHARK POWER REN 5, S.L.	FV BELUGA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 6, S.L.	FV YUBARTA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 6, S.L.	FV MARSOPA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 7, S.L.	FV MARLIN	50,01	19,96
SHARK POWER REN 7, S.L.	FV BARRACUDA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 8, S.L.	FV TINTORERA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 8, S.L.	FV ORCA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 9, S.L.	FV CACHALOTE	50,01	19,96
SHARK POWER REN 9, S.L.	FV PIRAÑA	50,01	19,96
SHARK POWER REN 10, S.L.	FV ESTURIÓN	50,01	19,96
SHARK POWER REN 10, S.L.	FV SILURO	50,01	19,96
TOTAL		850,1	339,3

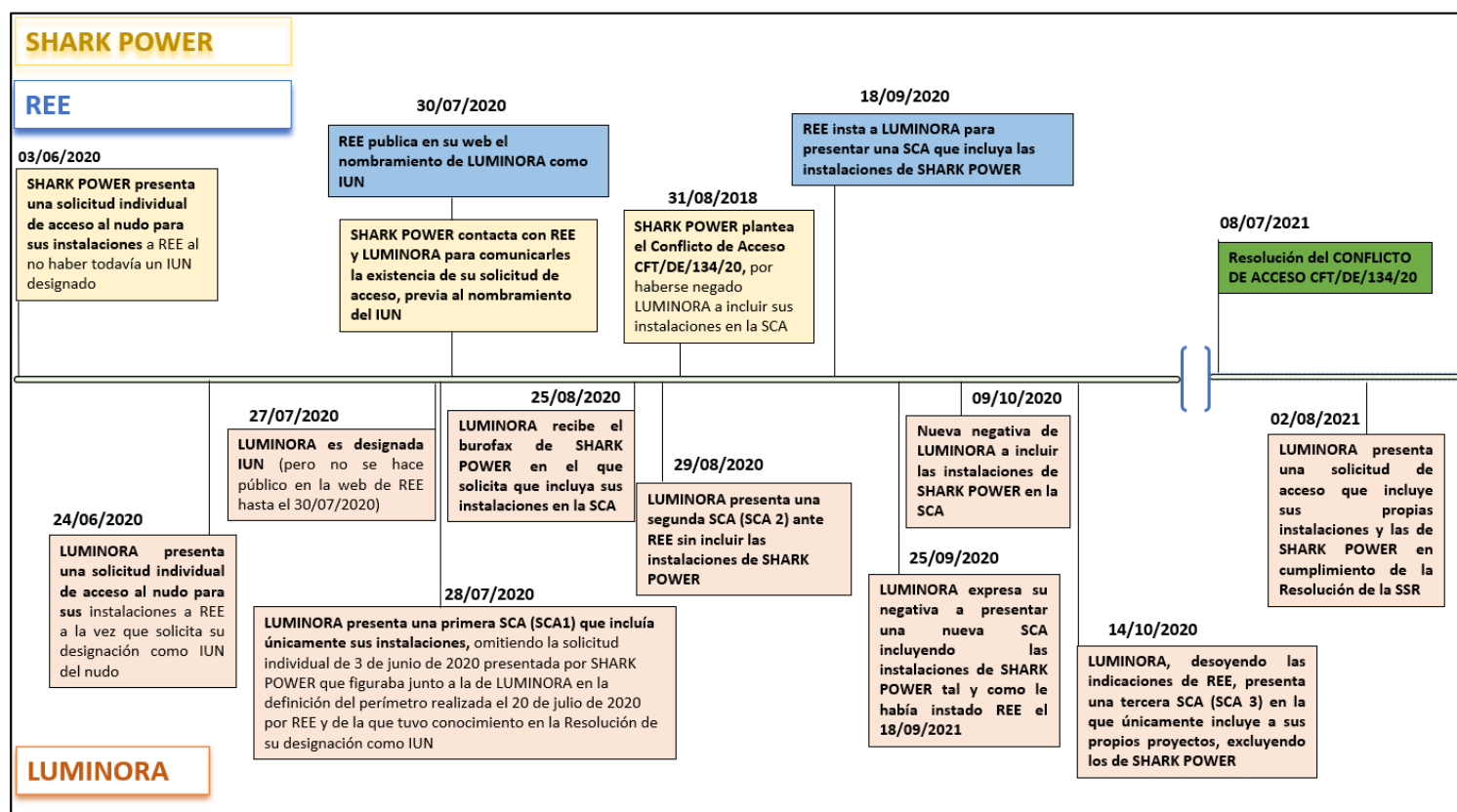
Tabla 2. Capacidad solicitada y otorgada por instalación generadora ajustada a la capacidad disponible en Fausita 400 kV.

¹³⁹ Información aportada por SHARK POWER en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 281 a 283), así como en alegaciones de REE de 9 de marzo de 2023 (folios 1200 a 1209).

- (172) Considerando la generación con permiso de acceso (o aceptabilidad) en el nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte, se alcanzó la capacidad máxima admisible, agotándola y sin existir margen disponible adicional¹⁴⁰.

4.3. Cronología de los principales hechos acreditados

- (173) A fin de facilitar una mejor aprehensión de los hechos previamente descritos, se incluye a continuación una línea temporal en la que se reflejan, sucintamente, algunos de los principales hitos relativos al procedimiento de acceso al nudo FAUSITA 400 kV, objeto de valoración en el presente expediente. Se distingue entre las conductas llevadas a cabo por LUMINORA, SHARK POWER y REE.



¹⁴⁰ Alegaciones presentadas por REE a deducción de testimonio de determinados documentos del CFT/DE/134/20 (folios 1203 a 1209).

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Competencia para resolver

- (174) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la **LCNMC**, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”¹⁴¹. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y, según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.
- (175) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, tal y como se incidirá en el apartado 5.4.1. infra.

5.2. Normativa aplicable

- (176) La Sala de Competencia debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción de la normativa de competencia.
- (177) Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente se refiere a una serie de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que serían contrarias al artículo 2 de dicha norma, mediante el que se prohíbe el abuso de posición de dominio.

5.3. Propuesta del órgano instructor

- (178) La DC propuso a esta Sala que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, constitutivas de un abuso de posición de dominio por parte de LUMINORA, en su condición de IUN designado en el nudo FAUSITA 400 Kv, consistente en una priorización en la tramitación del acceso al nudo de sus proyectos y los de su grupo empresarial, discriminando y excluyendo los proyectos de terceros competidores, en el mercado español de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica en dicho nudo. Asimismo, la DC propone que se atribuya la responsabilidad solidaria de dicha infracción a SOLTEC, como matriz al 100% de LUMINORA, en virtud del artículo 61.2 de la LDC.

¹⁴¹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

- (179) En cuanto a la sanción, el órgano de instrucción propone que se imponga a LUMINORA una multa de 387.672 euros, aplicando un tipo sancionador del 3% dentro del intervalo previsto en el artículo 63.1 de la LDC, de cuyo pago serían solidariamente responsables LUMINORA y SOLTEC.
- (180) Propone asimismo la DC que se declare la aplicación de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.b) de la LCSP a ambas empresas.

5.4. Valoración de la Sala de Competencia

- (181) La Sala de Competencia de la CNMC debe determinar si las actuaciones de LUMINORA, en su condición de IUN en el nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte de energía eléctrica, que se describen en el apartado de hechos acreditados son constitutivas de un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la LDC.
- (182) 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*”. De acuerdo con lo dispuesto en este precepto y una asentada jurisprudencia nacional¹⁴² y europea¹⁴³, para que una conducta pueda tipificarse como abuso de posición de dominio es necesario que se cumplan, de forma cumulativa, dos condiciones: (i) que el infractor **ostente una posición de dominio** en el mercado relevante en el que desarrollan las conductas investigadas, y (ii) que su **comportamiento sea abusivo** de dicha posición.
- (183) En consecuencia, procede determinar si LUMINORA ostenta una posición de dominio en el mercado y, en su caso, si ha abusado de dicha posición impidiendo u obstaculizando el desarrollo de una competencia libre y efectiva.
- (184) Con carácter previo a este doble análisis, es necesario determinar la competencia de la CNMC y si las conductas de LUMINORA son susceptibles de afectar al mercado nacional.

5.4.1. Competencia de la CNMC

- (185) Los hechos acreditados se enmarcan dentro de potenciales prácticas prohibidas por el artículo 2 de la LDC. Dada la delimitación del mercado geográfico realizada, no se considera que dichas prácticas afecten al comercio entre los Estados Miembros, por lo que no se ha valorado la existencia de una infracción del artículo 102 del TFUE.
- (186) No obstante, como ha establecido la jurisprudencia nacional en la revisión judicial de numerosas resoluciones sancionadoras con aplicación exclusiva de la LDC por no proceder a una aplicación en paralelo de los artículos 101 o 102

¹⁴² Sentencia Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 Rec 4619/2011 (ECLI: ES:TS: 2014:5365).

¹⁴³ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-418/01 IMS Health. (ECLI:EU:C: 2004:257).

del TFUE¹⁴⁴, la interpretación de la normativa nacional debe respetar los criterios y principios establecidos por la jurisprudencia de la UE en la interpretación de los referidos artículos del TFUE¹⁴⁵. Por tanto, en el presente supuesto, en el que se investiga una infracción del artículo 2 de la LDC, resulta necesario aplicar la jurisprudencia del TJUE respecto del artículo 102 del TFUE.

- (187) Por otro lado, se considera que el ámbito del mercado afectado es de carácter supraautonómico, por cuanto la distribución de nudos de acceso a la red de transporte se extiende por todo el territorio nacional y todos ellos son susceptibles de tener la figura del IUN. Asimismo, el marco normativo que regula las condiciones de acceso a la red de transporte es de ámbito nacional y se aplica a todas las solicitudes de acceso por igual, con independencia del territorio en el que tiene lugar dicho acceso.
- (188) Aunque la designación del IUN no se haya realizado de la misma manera en todo el territorio nacional, dado que algunas comunidades autónomas se declararon incompetentes para realizarla, ello no supone una aplicación diferenciada de la norma, pues, como se ha visto, dicha normativa no regula el nombramiento y designación del IUN. En cualquier caso, no se considera que la forma de dicha designación haya tenido efectos sobre las conductas valoradas.
- (189) Se trata, como se ha señalado previamente, de conductas susceptibles de **limitar el “derecho de acceso” a la red única de transporte nacional** de operadores activos en el mercado supraautonómico de generación de energía eléctrica cuya dimensión geográfica, en el caso de España, corresponde al territorio nacional peninsular¹⁴⁶.
- (190) La dimensión supraautonómica de la afectación al derecho de acceso a la red única de transporte ha sido invocada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de octubre de 2008 como motivo para justificar que, si bien corresponde a las Comunidades Autónomas (CCAA) la competencia para dirimir los “*conflictos de conexión*”¹⁴⁷, la competencia sobre los “*conflictos de acceso*” debe recaer necesariamente en la Administración central¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Sentencias del Tribunal Supremo 5306/2006 de 9 de diciembre de 2016 en el asunto NUM000 y 1822/2020 de 30 de diciembre en el asunto VS -505-14 Concesionarios Chevrolet (Recurso de Casación 4038/2019).

¹⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2011 confirmando la sanción por art. 2 de LDC de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria del caso Bronner en el expediente S/0034/08 OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA GMBH.

¹⁴⁶ Véanse por ejemplo las decisiones de la Comisión Europea en los asuntos COMP/M.5979 – KGHM/TAURON Wytwarzanie/JV, párrafo 24; COMP/M.5711 – RWE/Ensys, párrafo 21, COMP/M.4180 – GDF/Suez, párr. 726 o el informe del Tribunal de defensa de la competencia en el asunto C-77/02 IBERNOVA/GAMESA página 42.

¹⁴⁷ Los conflictos de conexión tienen que ver con autorizaciones que dependen de factores tales como las condiciones técnicas de seguridad, calidad y salubridad de las instalaciones.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008, rec. 538/2006. (ES:TS: 2008:5213).

- (191) En este caso, se analizan mercados que, pese a tener una dimensión geográfica físicamente muy localizada, funcionan como puerta de entrada a actividades de ámbito mucho más amplio como la generación de energía eléctrica¹⁴⁹.
- (192) Asimismo, debe subrayarse que la garantía del referido derecho de acceso a la red de transporte en condiciones competitivas se concibe como un derecho esencial para completar el mercado interior europeo de la electricidad. El respeto del derecho de acceso a las redes de transporte y distribución (susceptible de verse afectado por las conductas investigadas) constituye, según ha afirmado el TJUE, una de las medidas esenciales que los Estados miembros deben garantizar para la realización del mercado interior de la electricidad¹⁵⁰. Este fue, de hecho, uno de los motivos tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 8 de octubre de 2008 para concluir que la competencia del conflicto objeto del litigio principal correspondía al Estado y no a la Comunidad Autónoma: *“para que la competencia funcione correctamente se requiere un acceso a la red en condiciones no discriminatorias, transparente y a precios razonables, acceso que es primordial para completar el mercado interior de la electricidad”*¹⁵¹.
- (193) Además, las conductas investigadas afectan a un **sector estratégico de la economía nacional**. La afectación a *“sectores estratégicos de la economía”*¹⁵² ha sido, igualmente, uno de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de octubre de 2020, en el marco de un conflicto positivo de competencia, planteado por una Comunidad Autónoma, para concluir que la competencia correspondía a la CNMC y no a la autoridad autonómica en cuestión¹⁵³. Este criterio sobre la afectación supraautonómica de las conductas abusivas realizadas por un IUN, en un determinado nudo de acceso a la red, resulta, además, coherente con la práctica reciente de esta Sala¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2012 de 16 de abril de 2012 (ECLI:ES:TC: 2012:71) en el que se resolvió un conflicto positivo de competencia a favor de la autoridad de competencia estatal. Este tipo de situaciones en las que conductas que se materializan en espacios muy localizados pueden tener una afectación sobre la competencia en ámbitos mucho más amplios también se producen habitualmente en puertos y aeropuertos, véase por ejemplo la Sentencia del TJUE de 17 de julio de 1997, en el asunto, C-242/95 - GT-Link v De Danske Statsbaner (ECLI:EU:C:1997:376).

¹⁵⁰ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2008 en el asunto C-439/06 Citiworks, (ECLI: EU:C:2008:298), párrafos 38 a 44.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008, rec. 538/2006. (ES:TS: 2008:5213).

¹⁵² Entre los que figuran los de *“electricidad, gas, comunicaciones y telefonía, bancos, seguros, carburantes, grandes superficies”*.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2020 de 22 de octubre de 2020, BOE núm. 305, de 20 de noviembre de 2020. (ES:TC: 2020:152).

¹⁵⁴ Resolución del Consejo de la CNMC de 10 de junio de 2022, en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER, párrafos 149 a 156.

- (194) Se estima, por tanto, que la CNMC es competente para analizar adecuadamente estas prácticas y determinar su compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia.

5.4.2. Posición de dominio

5.4.2.1. Principios generales

- (195) Si bien el artículo 2 de la LDC no define el concepto de posición de dominio, de conformidad con reiterada jurisprudencia europea¹⁵⁵, la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del artículo 102 del TFUE¹⁵⁶, así como numerosos precedentes de la autoridad nacional de competencia¹⁵⁷, se ha venido definiendo la posición de dominio como *“la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”*.
- (196) La posición dominante de un operador vendrá, por tanto, determinada por la facultad de éste de mantener, de forma significativa, un comportamiento independiente respecto de sus fuentes de presión competitiva¹⁵⁸. Este margen

¹⁵⁵ Sentencia del STJ de 14 de febrero de 1978 United Brands vs Comisión, asunto 27/76, (EU:C:1978:22); de 13 de febrero de 1979., de 13 de febrero de 1979. Hoffman – La Roche c. Comisión, asunto 85/76, (EU:C:1979:36); de noviembre de 1983. Michelin c. Comisión, asunto 322/81, (EU:C:1983:313); y de 3 de octubre de 1985. Telemarketing, asunto 311/84, (EU:C:1985:394), de 29 de abril de 2004.

¹⁵⁶ “Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”. (2009/C 45/02).

¹⁵⁷ Resolución de la extinta CNC de 22 de febrero de 2011, (expediente S/0180/10 ArcelorMittal), Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014 (expediente S/0373/11 CORREOS 2), Resolución de la CNMC de 26 de agosto de 2013 (expediente S/0360/11 AGEDI), Resolución de la CNMC, de 8 de junio de 2017 (expediente S/DC/0557/15 Nokia), Resolución de la CNMC, de 21 de noviembre de 2017 (expediente S/DC/0580/16 Criadores de caballos 2) y Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019 (expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE), Resolución de la CNMC de 18 de febrero de 2022 (expediente S/0041/19 CORREOS 3), Resolución de la CNMC de 17 de mayo de 2022 (expediente REAL SOCIEDAD CANINA DE ESPAÑA S/0044/19), Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (expediente ENEL GREEN POWER ESPAÑA S/0022/20), Resolución de la CNMC de 21 de octubre de 2022 (expediente MERCK SHARP DOHME, S.A. S/0026/19), y. Resolución de la CNMC de 10 de noviembre de 2022 (expediente LEADIANT S/0028/20).

¹⁵⁸ Asunto AT.39740 Google Search (Shopping) confirmada por la Sentencia del TGUE de 10 de noviembre de 2021, Google LLC, anteriormente Google Inc. y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea, Asunto T-612/17. (EU: T: 2021:763). En este mismo sentido se ha pronunciado, la Autoridad de Competencia española: en la Resolución de la extinta CNC de 22 de febrero de 2011, (expediente S/0180/10 ArcelorMittal), y en las Resoluciones de la CNMC de 26 de agosto de 2013 (expediente S/0360/11 AGEDI), de 21 de enero de 2014 (expediente S/0373/11 CORREOS 2), de 8 de junio de 2017 (expediente S/DC/0557/15 Nokia), de 21 de noviembre de 2017 (expediente S/DC/0580/16 Criadores de caballos 2), de 30 de mayo de 2019 (expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE), de 18 de febrero de 2022 (expediente S/0041/19 CORREOS 3), de 17 de mayo de 2022 (expediente REAL SOCIEDAD CANINA DE ESPAÑA S/0044/19), de 10 de junio de 2022 (expediente ENEL GREEN POWER ESPAÑA S/0022/20), de 21 de octubre de 2022 (expediente MERCK SHARP DOHME, S.A. S/0026/19), y de 10 de noviembre de 2022 (expediente LEADIANT S/0028/20).

de independencia frente a competidores y clientes no debe ser absoluto, sino que basta con que sea “apreciable” o “considerable”¹⁵⁹.

- (197) La autoridad española de competencia, sobre la base de la jurisprudencia de la UE, considera que¹⁶⁰:

“Una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”.

- (198) A la hora de determinar la posición de dominio de una empresa, como ha señalado la citada Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 102 del TFUE¹⁶¹ “las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado”.

- (199) Sin embargo, es necesario recordar que, como ha precisado el TJUE, las cuotas de mercado no son el único criterio a tener en cuenta, por lo que deben examinarse las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado¹⁶²:

“La existencia de una posición dominante es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos”.

- (200) Para la evaluación de la posición de dominio, resulta necesario realizar un análisis estructural del mercado y tener en cuenta otros factores determinantes, como la **probabilidad de entrada** de competidores potenciales o la **expansión futura de competidores reales**, junto con las **barreras de entrada** y el **poder de negociación de los clientes** de la empresa (poder compensatorio de la demanda)¹⁶³.

- (201) Procede señalar, a este respecto, que varios precedentes nacionales han determinado que la existencia de una **facultad o privilegio administrativo derivado de la regulación** puede dar lugar a una posición de dominio

¹⁵⁹ Resolución de la CNC de 17 de marzo de 2011 (expediente S/0153/09 Mediapro).

¹⁶⁰ Entre otras, en las resoluciones del extinto TDC de 10 de mayo de 1999 (expediente 344/98 Aluminios Navarra), de 7 de julio de 1999 (expediente 441/98 Electra Avellana) y de 30 de septiembre de 1999 (expediente 362/99 Bacardí), de la extinta CNC de 22 de febrero de 2011, (expediente S/0180/10 ArcelorMittal) y en las resoluciones de la CNMC de 8 de junio de 2017 (expediente S/DC/0557/15 Nokia), de 30 de mayo de 2019 (expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE), de 18 de febrero de 2022 (expediente S/0041/19 CORREOS 3 y de 10 de junio de 2022 (expediente ENEL GREEN POWER ESPAÑA S/0022/20).

¹⁶¹ Apartados 13 y 15 de la Comunicación de la Comisión Europea “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”.

¹⁶² STJUE de 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca AB y Astrazeneca plc contra Comisión, C 457/10 P (ECLI:EU:C:2012:770).

¹⁶³ Decisión de la Comisión Europea de 10 de febrero de 2021 en el caso AT.40394 – ASPEN.

susceptible de estar sujeta al artículo 2 LDC¹⁶⁴. Así, por ejemplo, en los conocidos como asuntos “Céntrica” el Consejo de la CNC vino a afirmar que:

“El distribuidor, como titular de un derecho exclusivo que le confiere esa posición dominante, viene sujeto a una serie de obligaciones que tratan de evitar que la competencia en la comercialización se vea distorsionada (...)”¹⁶⁵.

“En este punto, cabe destacar que tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional respaldan la doctrina según la cual la empresa con posición de dominio tiene una especial responsabilidad en evitar conductas que perjudiquen el libre desarrollo de la competencia, máxime cuando se trata de una posición de dominio garantizada por la regulación (...)”¹⁶⁶.

- (202) Pues bien, tal y como se ha visto previamente, la designación de una empresa como IUN supone la concesión de una facultad o privilegio administrativo derivado de la regulación del sector eléctrico al convertirse en tramitador necesario de las solicitudes de acceso en un sistema de otorgamiento hasta el agotamiento de la capacidad del nudo. Por ello, en su resolución de 10 de junio de 2022, adoptada en el Expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA, esta Sala ya declaró que, en la medida en que las facultades del IUN le confieren una autonomía apreciable para poder, cuando menos, retrasar las solicitudes del resto de promotores y dar preferencia a las solicitudes de acceso de sus propios proyectos, restringiendo, ya sea temporalmente, la competencia por la capacidad del nudo, el IUN ostenta una posición de dominio en el concreto nudo en que ejerce esta función¹⁶⁷.
- (203) La propia Dirección de Energía de la CNMC ha señalado que **el sistema de acceso hasta el agotamiento de la capacidad es lo que determina la posición de dominio del IUN**¹⁶⁸, especialmente intensa en aquellos nudos próximos a la saturación, al unirse con la obligación de tramitar de forma conjunta y coordinada las solicitudes a través del IUN. Dada la escasa regulación existente referida a su actuación, el IUN tiene margen de libertad para elegir qué solicitudes va a tramitar de manera conjunta y coordinada y, por tanto, decidir o cuando menos influir de forma notoria sobre qué solicitudes se van a tramitar en primer lugar y cuáles en un momento posterior, en situaciones cercanas a la saturación del nudo.

¹⁶⁴ Resoluciones de la extinta CNC de 2 de abril de 2009 en los expedientes de la extinta CNC: 641/08 CENTRICA/ENDESA; 642/08 CENTRICA/UNIÓN FENOSA; 643/08 CENTRICA/ELÉCTRICA DEL VIESGO; 644/08 CENTRICA/IBERDROLA; 645/08 CENTRICA/HIDROCANTÁBRICO y Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (Expediente ENEL GREEN POWER ESPAÑA S/0022/20).

¹⁶⁵ Resolución de la extinta CNC de 2 de abril de 2009 en el expediente 641/08 CENTRICA/ENDESA.

¹⁶⁶ Resolución de la extinta CNC de 2 de abril de 2009 en el expediente 642/08 CENTRICA/UNIÓN FENOSA.

¹⁶⁷ Resolución de 10 de junio de 2022, Expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA.

¹⁶⁸ Informe de fecha 4 de noviembre de 2019, remitido por la Dirección de Energía a petición de la Dirección de Competencia en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA, incorporado al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 1240 a 1251).

5.4.2.2. Aplicación al caso: posición de dominio de LUMINORA como IUN del nudo FAUSITA 400 kV

- (204) Dado que el mercado en el que se desarrollan las prácticas investigadas es el de acceso y conexión a la red de transporte en el nudo FAUSITA 400 kV (párrafos (29) a (123)) y que LUMINORA fue designada IUN el 27 de julio de 2020 (párrafo (134)), procede sostener, atendiendo a las explicaciones del anterior apartado, que LUMINORA ostenta una posición de dominio en dicho nudo.
- (205) LUMINORA rechaza este planteamiento en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución¹⁶⁹.
- (206) Por un lado, defiende que no puede tomarse como referencia la jurisprudencia y precedentes citados por la DC, particularmente en lo que se refiere a los asuntos “Céntrica”. LUMINORA apunta, como hecho diferencial, que en los referidos asuntos la posición de dominio derivaba de una integración vertical por parte de empresas dominantes que se sirvieron de dicha posición de dominio en un mercado con efectos en otro mercado verticalmente relacionado, mientras que LUMINORA no se encontraría activa en el mercado de transporte de electricidad ni, “a día de hoy”¹⁷⁰ en el de generación, no pudiendo, por tanto, equipararse su situación a la de los infractores en los asuntos citados por el órgano de instrucción¹⁷¹.
- (207) En respuesta a lo anterior, procede recordar que LUMINORA era promotora directa o indirecta de instalaciones proyectadas que requerían acceso al nudo FAUSITA 400 kV de tal modo que la empresa imputada competía por la capacidad limitada del nudo. De hecho, el único objetivo económicamente

¹⁶⁹ Párrafos 206 a 226 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

¹⁷⁰ Párrafo 208 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

¹⁷¹ Por ejemplo, en los asuntos de price-squeeze o pinzamiento de precios en el sector de las telecomunicaciones del artículo 102 TFUE, se identifican en efecto mercados verticalmente relacionados de (i) acceso mayorista de acceso desagregado a los bucles locales y (ii) mercado minorista de servicios de banda ancha (STGUE de 13 diciembre 2018, Deutsche Telekom AG c. Comisión Europea, asunto T-827/14, (ECLI:EU:T:2018:930)): “La Comisión constata que, durante el período controvertido, Slovak Telekom ocupó una posición de monopolio en el mercado mayorista de acceso desagregado a los bucles locales y que no existían presiones directas en forma de competencia efectiva o potencial ni un poder de negociación que limitasen el poder de mercado de esta sociedad. Slovak Telekom se benefició, por lo tanto, de una posición dominante en este mercado durante el período controvertido. La Comisión constata asimismo que Slovak Telekom se benefició de una posición dominante, durante este período, en el mercado de masa minorista (o mercado de masas) de servicios de banda ancha de ubicación fija”. En el asunto de price-squeeze de Telefónica (revisado por la STGUE de 29 de marzo de 2012, Telefónica c. Comisión Europea, asunto T-336/07 (ECLI:EU:T:2012:172)) la definición de mercado realizada englobaba dos mercados mayoristas en función del territorio: “Telefónica había abusado de su posición dominante en los mercados españoles de acceso de banda ancha mediante un estrechamiento de márgenes resultante de la desproporción entre las tarifas aplicadas al acceso de banda ancha mayorista y minorista, siendo probable que, como consecuencia de ello, la competencia en el mercado minorista resultase restringida”.

racional para solicitar, a iniciativa propia, la designación de la posición no remunerada de IUN de dicho nudo por parte de LUMINORA era tramitar el acceso a la red de dichos proyectos de generación.

- (208) Alega, asimismo, LUMINORA, que la concurrencia de posición de dominio exige un análisis fáctico del caso concreto y que no cabe comparar este caso al asunto ENEL GREEN, a la hora de apreciar la posición de dominio del IUN, atendiendo a las diferencias existentes entre ambos¹⁷². Tales diferencias consistirían en que las conductas investigadas en el asunto ENEL GREEN tuvieron lugar más de 10 años después de su nombramiento como IUN y a que dichas actuaciones se referían a la tramitación de solicitudes que REE desconocía, por lo que, en aquel contexto, el IUN sí contaba con capacidad de alterar a su conveniencia la prelación temporal de dichas solicitudes a su favor. Según LUMINORA, esto último no sucedería en el presente asunto, dado que REE conocía, desde el principio, la intención de SHARK POWER de acceder al nudo, por lo que el IUN (LUMINORA) habría carecido de la capacidad para influir en la conducta de REE a fin de dar preferencia a sus propias solicitudes sobre las de sus competidores por el acceso a la capacidad limitada del nudo.
- (209) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que, el que en asunto ENEL GREEN, el IUN hubiese ejercido sus funciones durante un periodo más dilatado, antes de incurrir en las prácticas sancionadas, no conduce a descartar la existencia de una posición de dominio en el presente caso. Al contrario, el que LUMINORA pudiese incurrir en las prácticas investigadas, nada más ser designado IUN, refuerza el posicionamiento de la DC en cuanto a su capacidad para influir, con un amplio margen de autonomía, en la tramitación de las solicitudes de otro promotor, cuyas instalaciones proyectadas competían con las de LUMINORA por la capacidad del nudo.
- (210) Se ha acreditado que, tras su nombramiento como IUN el 27 de julio de 2020 por la DGEAIM del Gobierno de la Región de Murcia, en el nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte de energía eléctrica¹⁷³, LUMINORA gozaba de un margen de discrecionalidad y autonomía en la tramitación coordinada de las solicitudes, lo que le permitió, de hecho, incluir unas solicitudes y excluir otras, incumpliendo el perímetro de referencia marcado por REE al tratarse de una nueva posición que puede entenderse planificada según la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto Ley 15/2018.
- (211) LUMINORA llegó, no sólo a discrepar abiertamente con REE sobre la configuración del perímetro de referencia, en su escrito de 25 de septiembre de

¹⁷² Párrafos 209 a 225 de las Alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución.

¹⁷³ Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 356 a 358 y 496 a 498).

2020¹⁷⁴, sino que presentó una tercera SCA el 14 de octubre de 2020, incumpliendo dicho perímetro de referencia a pesar de que REE reiteró en su comunicación el 18 de septiembre de 2020 que debía incluir las instalaciones de SHARK POWER junto a las promovidas por LUMINORA.

- (212) Por tanto, el hecho acreditado de que REE instase a LUMINORA a que incluyera en una nueva SCA los proyectos de SHARK POWER, junto a sus propios proyectos, y que LUMINORA rechazase dar seguimiento a esta instrucción, refleja su margen de autonomía y que esa conducta constituyó una traba para que REE pudiera pronunciarse correctamente sobre el acceso solicitado. De hecho, el que REE conociese la existencia de la solicitud de acceso de SHARK POWER y que, pese a ello, LUMINORA fuese capaz de incidir en su tramitación, negándose abiertamente a incluirla en la SCA, no solo refuta la tesis de LUMINORA, sino que confirma su posición de dominio como IUN del nudo de FAUSITA 400 kV al haber demostrado una capacidad de influencia en la tramitación de las solicitudes de acceso que va incluso más allá de la que desplegó el IUN sancionado en el asunto ENEL GREEN.
- (213) Conviene, por otro lado, referirse a lo apuntado por la DC en la Propuesta de Resolución, en cuanto a la cuota de mercado de LUMINORA. Según ha indicado la propia empresa, SOLTEC, matriz de LUMINORA, tiene asignados 99,77 MW, por lo que este promotor cuenta con el 29% de la capacidad de acceso del nudo FAUSITA 400 kV¹⁷⁵. Aunque dichas cuotas no alcancen los umbrales que, de forma general, se estiman a efectos de determinar una posición de dominio, el papel del IUN en la tramitación de las solicitudes de acceso es determinante. Ello no solo porque la actuación del IUN resulta esencial para que REE tenga conocimiento de las solicitudes de sus competidores por acceder a la capacidad limitada del nudo, sino, porque, como evidencian los hechos acreditados en el presente Expediente, aun cuando el gestor de la red es informado de dichas solicitudes por otras vías, el IUN goza de margen de maniobra para entorpecer considerablemente el procedimiento de acceso. De tal modo que, aun cuando se plantee a tiempo un conflicto de acceso que permitiera reconducir la situación, por parte de REE, previniendo la exclusión definitiva de los competidores del IUN por el acceso al nudo, el IUN cuenta con suficiente margen de actuación como para dar lugar una exclusión temporal por un periodo no desdeñable.
- (214) Si bien la decisión sobre el otorgamiento de un determinado permiso de acceso recae en REE, no es menos cierto que hay un momento de la tramitación que

¹⁷⁴ Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio. Escrito dirigido por LUMINORA a REE “Asunto: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN FAUSITA 400 kV perímetro referencia 27jul20_18sep20” (folios 381 a 389), que consta igualmente en información aportada por REE en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 880, 881 a 925).

¹⁷⁵ Información aportada por LUMINORA en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 1255 a 1266).

queda fuera del control, no ya solo del resto de promotores, sino del propio gestor de la red, por lo que el IUN puede, a su criterio, dar preferencia a unas solicitudes sobre otras, **reduciendo** a la mínima expresión el **poder negociador de los promotores solicitantes de acceso a dicho nudo**¹⁷⁶. Ello se puso de manifiesto cuando SHARK POWER intentó infructuosamente ponerse en contacto con el IUN para recordarle la existencia de sus solicitudes individuales de acceso a través del nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte de energía eléctrica así como, cuando pese a ser consciente REE de dicha solicitud de acceso por habérselo comunicado la propia SHARK POWER, LUMINORA declina incluir las instalaciones de su competidor por el acceso limitado a la capacidad del nudo FAUSITA 400 kV en la SCA.

- (215) Según LUMINORA, la DC se equivoca sobre la posición de dominio del IUN, dado que los intentos infructuosos de SHARK POWER de ponerse en contacto con ésta para recordarle la existencia de sus solicitudes de acceso responderían a razones no reprochables a LUMINORA. Pese a que consta que, el mismo día que se hizo pública la designación del IUN (el 30 de julio de 2020), SHARK POWER envió un burofax y contactó telefónicamente con LUMINORA para comunicarle que había solicitado acceso de sus instalaciones al nudo con anterioridad a su nombramiento (párrafos (138) a (139), LUMINORA reprocha que SHARK POWER no habría contactado *“con la persona designada para actuar como IUN*¹⁷⁷”, cuyos datos de contacto publicó REE en su página web. Sostiene, asimismo, LUMINORA, que SHARK POWER no habría adjuntado al burofax la información obligatoria para su inclusión en la SCA y que no recibió dicho documento hasta 26 días después por motivos del servicio de correos en pandemia.
- (216) Lo cierto, sin embargo, es que, tal y como figura en los hechos acreditados de la resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 que resolvió el CFT/DE/134/20: ***“SHARK POWER, desde el mismo día 30 de julio puso de manifiesto en reiteradas ocasiones como consta en el expediente su oposición a la exclusión de sus instalaciones de la primera solicitud coordinada de acceso y sabiendo, porque así se lo había comunicado el representante de LUMINORA, como reconoce en sus alegaciones que procedería a incluir sus instalaciones en solicitudes posteriores a la inicial. Por tanto, SHARK***

¹⁷⁶ Condición que igualmente requería el precedente comunitario AT.40394 – ASPEN para establecer la posición de dominio.

¹⁷⁷ Párrafo 72 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

*POWER evitó la consolidación de la situación que hubiera podido producirse de remitir su solicitud al IUN*¹⁷⁸.

- (217) Independientemente, por tanto, de las referidas incidencias en la comunicación entre SHARK POWER y LUMINORA, queda claro que pese a que LUMINORA conocía la solicitud de acceso de su competidor por la capacidad del nudo FAUSITA 400 kV, el IUN no tenía intención de incluir la solicitud de SHARK POWER en la primera SCA, ni en las dos SCA posteriores, incumpliendo no ya solo el criterio de prelación temporal sino, directamente, las instrucciones del gestor de la red, lo que evidencia su poder de decisión en la inclusión de solicitudes de otros promotores.
- (218) Así, con carácter general, el IUN tiene el poder de decidir qué proyectos se incorporan a la solicitud coordinada de acceso que presenta, y cuáles no, sin que REE pueda controlar dicha situación, por lo que su decisión sólo puede ser revisada en vía conflicto, como se dio en esta situación y en su caso podría serlo en vía jurisdiccional. El papel del IUN resulta aún más decisivo si se tiene en cuenta que, en la práctica, REE sólo asignará capacidad a las solicitudes que el IUN presente, dado que en la mayoría de los casos desconocerá de la existencia de otras solicitudes si no es a través del IUN.
- (219) LUMINORA se opone igualmente a este argumento, pues sostiene que nunca ocultó información alguna a REE y dispuso en todo momento de la información necesaria para valorar las SCA presentadas por LUMINORA en su calidad de IUN antes de su nombramiento, para definir la prelación temporal y el perímetro de referencia. Gracias a ello REE solicitó a LUMINORA la subsanación de la primera SCA mediante su comunicación de 18 de septiembre de 2020, comunicando a LUMINORA, SHARK POWER y ALLEANS, que debían incluir sus instalaciones en una misma solicitud coordinada de acceso y todo ello antes del 25 de septiembre de 2020, fecha en la cual REE supo del conflicto de acceso planteado por SHARK POWER ante la CNMC.
- (220) Como se ha venido señalando, la figura del IUN está regulada para que un solicitante sea designado como tramitador necesario y representante de todos los promotores que presenten solicitudes de acceso a un mismo nudo ante REE. Esta doble condición promotor-tramitador que resulta de este privilegio administrativo es la que dota al IUN de una posición de dominio y, por ende, de la especial responsabilidad de tratar a todas las solicitudes por igual, sin dar preferencia a ninguna, incluidas las suyas propias.

¹⁷⁸ Resolución del Consejo - Punto 2.15. SSR 08/07/2021. Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica planteado por las sociedades SHARK POWER REN 4 S.L. SHARK POWER REN 5 S.L. SHARK POWER REN 6 S.L. SHARK POWER 7 REN S.L. SHARK POWER REN 8 S.L. SHARK POWER REN 9 S.L. y SHARK POWER REN 10 S.L. frente a LUMINORA SOLAR DOCE S.L. en relación con las solicitudes de acceso para la evacuación de las plantas fotovoltaicas “Narval” “Beluga” “Yubarta” “Marsopa” “Marlin” “Barracuda” “Tintorera” “Orca” “Cachalote” “Piraña” “Esturión” y “Siluro” de 5001 MW cada una en la subestación FAUSITA 400 kV -Murcia-.Incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 556).

- (221) Por lo que respecta a la posición de dominio del IUN por su capacidad para decidir las instalaciones que van a formar parte de las SCA, la propia LUMINORA ha reconocido durante la instrucción que: *“No cabría hacer este mismo análisis respecto de la solicitud de DRES, de la que REE sólo pudo tener conocimiento por haber incluido Luminora su solicitud en la SCA2”*¹⁷⁹. Dicha capacidad de decisión queda asimismo patente ante la necesidad que tiene REE de instar a LUMINORA a incluir los proyectos de SHARK POWER en las SCA y que esta se negase hasta en dos ocasiones, presentando finalmente una SCA3 que únicamente incluía sus propias instalaciones excluyendo las de SHARK POWER.
- (222) A la vista todo lo anterior, **esta Sala considera acreditada la posición de dominio de LUMINORA en su condición de IUN del nudo de la red de transporte de energía eléctrica, FAUSITA 400 kV.**

5.4.3. Conducta abusiva

- (223) Una vez determinada la posición de dominio de LUMINORA en el acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica a través del nudo FAUSITA 400 kV, **el segundo paso** consiste en determinar si la conducta de LUMINORA es constitutiva de un abuso de conformidad con el artículo 2 de la LDC, es decir, si la **valoración de los hechos acreditados permite concluir que LUMINORA abusó de dicha posición de dominio** al brindar un trato discriminatorio y exclusionario frente a sus competidores potenciales en la tramitación de las solicitudes coordinadas y conjuntas de acceso ante REE.

5.4.3.1. Principios generales

- (224) El artículo 2 de la LDC menciona distintos comportamientos susceptibles de ser considerados abusivos, que no constituyen un catálogo cerrado. En concreto, el artículo 2 de la LDC establece que:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

¹⁷⁹ Alegaciones de LUMINORA al PCH (folio 1419).

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”.

- (225) De acuerdo con la jurisprudencia de la UE –cuyos criterios y principios interpretativos de los artículos del TFUE¹⁸⁰ son aplicables a la interpretación de la normativa nacional cuando ésta sea la única aplicable, como sucede en el presente expediente en el que solo resulta de aplicación del artículo 2 de la LDC– dos son los elementos clave en la definición del abuso de posición de dominio. Por un lado, los “*medios de competencia normal*” definidos en la sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979¹⁸¹ y, por otro, la “*especial responsabilidad*” que recae sobre la empresa dominante consistente en “*no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*”¹⁸².
- (226) Precisamente por ello, aunque la posición de dominio no es en sí misma constitutiva de infracción, la empresa que ostente dicha posición está obligada en todo caso a no contribuir con su conducta a mermar la competencia en un mercado en el que ésta ya se encuentra debilitada por dicha posición dominante.
- (227) Como ha reiterado el TJUE, la empresa dominante tiene el derecho de defender sus intereses, pero al mismo tiempo, la especial responsabilidad de no perjudicar la competencia efectiva en el mercado (énfasis añadido):¹⁸³

“[...] la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición ni del derecho a proteger sus propios intereses

¹⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2011 confirmando la sanción por art. 2 de LDC de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria del caso Bronner en el expediente S/0034/08 OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA GMBH. Sentencias del Tribunal Supremo 5306/2006 de 9 de diciembre de 2016 en el asunto NUM000 y 1822/2020 de 30 de diciembre en el asunto VS -505-14 Concesionarios Chevrolet (Recurso de Casación 4038/2019); Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2011 confirmando la sanción por art. 2 de LDC de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria del caso Bronner en el expediente S/0034/08 OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA GMBH.

¹⁸¹ “*El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aun exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia*”(Asunto 85/76 HOFFMANN-LA ROCHE /COMISIÓN).

¹⁸² Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1983 (asunto 322/81, MICHELIN I), párrafo 57; C-202/07P, (ECLI:EU:C:2009:214) (France Telecom), párrafo 105 y CJEU 6 septiembre 2017, C-413/14 P, (Intel), párrafo 135. Decisión de 10 febrero, 2021, Caso AT.40394 (Aspen), párrafos 78 y 79.

¹⁸³ Sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, (EU:C:2020:52), apartados 149-153.

*comerciales cuando estos son atacados, ni de la facultad, en una medida razonable, de realizar los actos que juzgue adecuados para proteger dichos intereses (sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartado 189). [...] **No obstante, tales conductas no son admisibles cuando su finalidad es, precisamente, reforzar la posición dominante de su autor y abusar de ella** (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartado 189). En efecto, sobre la empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135 y jurisprudencia citada) [...]”.*

- (228) Dicha especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante deberá apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso que demuestren que la competencia está debilitada, tal y como se confirmó por el TGUE en el Asunto Google Shopping:¹⁸⁴

“165. Por lo demás, el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso que demuestren que la competencia está debilitada (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 84 y jurisprudencia citada)”.

- (229) Por otra parte, cabe recordar que el art. 2.3 de la LDC prevé que la prohibición de abuso de posición de dominio prevista en dicho artículo se aplicará también *“en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”*.
- (230) Precisamente, en relación con los **sectores regulados**, varios precedentes nacionales en los asuntos Céntrica determinaron que la existencia de un privilegio administrativo derivado de la regulación¹⁸⁵ puede dar lugar a una posición de dominio y que, en caso de que se abuse de la misma, puede constituir infracción del artículo 2 LDC¹⁸⁶:

“En el presente caso la gravedad de la infracción resulta indudable. Las autoridades, tanto nacionales como comunitarias, han mostrado su empeño por promover la competencia en el mercado de un bien básico, como es la energía eléctrica, input a su vez de la mayor parte de actividades económicas. Para ello, es notorio que el legislador ha tratado de eliminar obstáculos a la entrada de nuevos comercializadores y de asegurar un trato no discriminatorio hacía

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, en el asunto T-612/17, (apartado 165) asunto Google Shopping (ECLI:EU: T: 2021:763).

¹⁸⁵ Resoluciones de la extinta CNC de 2 de abril de 2009 en los expedientes 641/08 CENTRICA/ENDESA; 642/08 CENTRICA/UNIÓN FENOSA; 643/08 CENTRICA/ELÉCTRICA DEL VIESGO; 644/08 CENTRICA/IBERDROLA; 645/08 CENTRICA/HIDROCANTÁBRICO y Resolución de la CNMC de 10 de junio de 2022 (expediente ENEL GREEN POWER ESPAÑA S/0022/20).

¹⁸⁶ Resolución de la extinta CNC de 2 de abril de 2009 en el expediente 641/08 CENTRICA/ENDESA.

ellos por parte de los operadores integrados verticalmente. La conducta de ENDESA viene a frustrar los esfuerzos del legislador. Valiéndose de la posición de dominio que le confiere el monopolio legal que ostenta sobre la red de distribución, ha cometido un abuso que tenía la intencionalidad y la aptitud de obstaculizar la entrada a nuevos competidores. Asimismo, ha desafiado el principio de no discriminación, actuando cuando menos, de forma no neutral frente a sus competidores, en un momento en el que el proceso de liberalización era todavía incipiente y la información sobre clientes, clave. Ambas infracciones deben valorarse en conjunto, porque obedecen al mismo fin de preservar la posición de ENDESA dificultando la salida de los clientes al mercado libre, en particular, en detrimento de sus competidores”.

5.4.3.2. Abuso discriminatorio

- (231) Respecto al tipo de abuso que afecta al presente caso, interesa particularmente el trato discriminatorio brindado por el operador dominante, en este caso, LUMINORA en su condición de IUN, en el ejercicio de los derechos exclusivos concedidos por la normativa sectorial respecto del resto de promotores competidores, sin que mediara una solicitud ni negativa a prestar una relación mercantil entre ellas¹⁸⁷ y que provocó una desventaja competitiva en los mercados verticalmente relacionados.
- (232) Este tipo de abuso discriminatorio, que no exige como elemento constitutivo la exclusión de los terceros competidores afectados se encuentra recogido en el artículo 2.2. letra d) de la LDC que, en términos muy parecidos al artículo 102 letra c del TFUE¹⁸⁸, prevé que el abuso podrá consistir, en particular en “d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*”.
- (233) En referencia al artículo 102 letra c del TFUE, la jurisprudencia comunitaria ha establecido los elementos constitutivos de este abuso discriminatorio, recogidos también en la letra d) del artículo 2.2 de la LDC: “*prestaciones equivalentes*”, “*condiciones desiguales*” y “*desventaja competitiva*”.
- a) *Prestaciones equivalentes*
- (234) El primero de los elementos “**prestaciones equivalentes**” debe evaluarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y no únicamente desde la perspectiva de la empresa dominante. Así lo señaló la decisión de la autoridad

¹⁸⁷ Que hubiese generado una negativa de suministro por parte de LUMINORA en su condición de IUN y la consiguiente aplicación del apartado 2.2 letra c de la LDC “*la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios*”.

¹⁸⁸ “c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”.

encargada de la interpretación del artículo 60 del ya extinto Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que sostenía que:¹⁸⁹

“(…) para que las transacciones sean comparables, es menester, además, que vayan referidas a los mismos productos o a productos equivalentes y que no difieran sensiblemente en lo relativo a las características particulares consideradas determinantes en las operaciones comerciales (…)”.

- (235) Por tanto, un primer requisito básico para considerar las prestaciones como equivalentes es que **los productos o servicios comparados sean similares en un sentido físico o funcional**¹⁹⁰, sin necesidad de ser idénticos, siempre y cuando se mantenga la esencia. Se requiere, asimismo, que exista un contexto comercial comparable¹⁹¹ y una proximidad temporal¹⁹².
- (236) En relación con el carácter comparable de distintas situaciones, la jurisprudencia de la UE ha determinado que¹⁹³: *“Los elementos que caracterizan distintas situaciones y, de este modo, su carácter comparable, deben apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto comunitario que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión”.*

b) Condiciones desiguales

- (237) El segundo de los elementos para considerar que la conducta constituye un abuso de carácter discriminatorio requiere que la empresa dominante aplique **“condiciones desiguales”** a estas prestaciones equivalentes. La valoración de la desigualdad entre las condiciones aplicadas por el operador dominante debe basarse en una comparativa de los elementos fundamentales de las transacciones equivalentes.

c) Desventaja competitiva

- (238) El tercer y último elemento requerido por el artículo 2.2.d) de la LDC, es la **“desventaja competitiva”** que propicia este trato discriminatorio, siendo

¹⁸⁹ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1972 por la que se modifica la Decisión nº 30 / 53, de 2 de mayo de 1953, relativa a las prácticas prohibidas por el apartado 1 del artículo 60 del Tratado en el mercado común del carbón y del acero (72 / 440 /CECA).

¹⁹⁰ Asunto 27/76, United Brands Company v Commission [1978] ECR 207, párrafo. 204.

¹⁹¹ Véase Asuntos T-219/99 British Airways plc v Commission [2003] ECR II-5917 apelación Case C-95/04 P British Airways plc v Commission [2007] ECR I-2331, C-52/07 Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå (STIM) upa. [2008] ECR I-9275.

¹⁹² Asunto C-525/16 MEO—Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência, (ECLI:EU:C:2017:1020), párrafo. 57.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal General en el Asunto T-612/17, Google LLC y Alphabet, In v Comisión de 10 de noviembre de 2021. En este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Rec. p. 823, apartado 14; de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros, 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753, apartado 8; de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. p. I-4973, apartado 74, así como de 10 de marzo de 1998, T. Port, C-364/95 y C-365/95, Rec. p. I-1023, apartado 83). Así como sentencias de 17 de septiembre de 2007, Microsoft v Comisión, T-201/04, EU: T:2007:289, apartados 208, 388, 390, 421 and 436) y Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, en el asunto T 612/17, (apartados 155 y ss.) — Búsqueda de Google (Shopping). (EU: T: 2021:763).

necesario¹⁹⁴ que las partes tengan una relación de competencia entre ellas¹⁹⁵. Para determinar que las diferencias de trato por parte de la empresa dominante, *constituyen un ilícito de la normativa de competencia*, la jurisprudencia de la Unión¹⁹⁶ viene exigiendo que ese trato desigual tenga la capacidad suficiente para generar esa desventaja competitiva y más concretamente que, a la luz de las circunstancias concretas y de la amplitud del trato diferenciado, se produzca un impacto significativo en su posición competitiva.

- (239) En todo caso, tal y como indica la jurisprudencia de la Unión Europea *ut supra*, no se trata de impedir que una empresa conquiste por sus méritos una posición dominante que desbanque a competidores menos eficientes, ni mantener la permanencia en el mercado de estos últimos¹⁹⁷, sino que se realice desde la óptica del principio de igualdad. Como principio general del Derecho de la Unión, el principio de igualdad ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria exigiendo “*que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado*” [...] *La vulneración del principio de igualdad de trato a causa de un trato diferente implica que las situaciones en cuestión son comparables, habida cuenta del conjunto de elementos que las caracterizan*”¹⁹⁸.
- (240) La existencia de derechos exclusivos otorgados por imperativo legal, como los que conlleva la figura del IUN, ha sido analizada por la reciente Sentencia del TJUE adoptada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA al referirse al ejercicio que debe realizar la empresa que dispone **de derechos exclusivos en aras de proteger el principio de no discriminación**, evitando favorecer sus propias instalaciones frente a las de sus competidores¹⁹⁹:

¹⁹⁴ Si bien en un primer momento precedentes comunitarios requerían que la parte dominante y la que es objeto de desventaja compitieran entre ellas y el obstáculo competitivo para la parte desfavorecida debía ser examinado en el mercado para el que se utilizan los bienes/servicios adquiridos Asunto Case C-52/07 Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå (STIM) upa. [2008] ECR I-9275., tras el Asunto C-525/16 MEO—Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência, EU:C:2017:1020 párrafo 69 “*la aplicación rigurosa del [artículo 102(c)] requiere... que se establezca que existe una relación de competencia entre los socios comerciales de la empresa dominante*”.

¹⁹⁵ Asunto C—52/07 Kanal 5 LTd and TV4 Av;

¹⁹⁶ Asunto C-525/16 MEO—Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência, EU:C:2017:1020, párrafo. 63.

¹⁹⁷ Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA, párrafo 73. (ECLI:EU:C: 2022:379).

¹⁹⁸ Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros C-127/07 de 16 de diciembre de 2008 apartados 23 y 25 y sentencias de 13 de diciembre de 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, apartado 28; de 5 de octubre de 1994, Crispoltoni y otros, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, Rec. p. I-4863, apartados 50 y 51, así como de 11 de julio de 2006, Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33.

¹⁹⁹ Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA, párrafos 91, 96 y 101 (ECLI:EU:C: 2022:379).

*“91. (...) resulta oportuno recordar que procede considerar que el hecho de que una empresa que **dispone de derechos exclusivos, como un monopolio legal**, utilice estos últimos para ampliar la posición dominante que ocupa en un mercado gracias a esos derechos sobre otro mercado constituye una explotación de recursos que son, en principio, inaccesibles para un hipotético competidor igual de eficiente, pero que no ocupa una posición dominante”.*

“96. No obstante, para actuar de manera conforme con la responsabilidad particular que le incumbía debido a su posición dominante en el mercado protegido, SEN debía, para anticiparse al deseo de las sociedades terceras que quisieran desarrollar su presencia en el mercado libre de acceder igualmente a esa información, ofrecer a sus clientes la posibilidad de recibir ofertas de sociedades que no pertenecieran al grupo ENEL de una forma que no resultase discriminatoria, en particular procurando evitar la creación de un sesgo en la recogida de los consentimientos que pudiera tener como consecuencia que las listas que debían ser cedidas a EE contuvieran significativamente más datos que las destinadas a la venta a los competidores de dicha empresa”.

“101. Pues bien, es imposible que un hipotético competidor hubiera podido adoptar tal conducta, puesto que, debido a la posición ocupada por SEN en el mercado protegido tras la supresión del monopolio legal que anteriormente ostentaba la empresa ENEL, ninguna empresa competidora podía disponer de una estructura que pudiera proporcionar, en un número igual de elevado, los datos de clientes del mercado protegido” (énfasis añadido).

- (241) Respecto a la jurisprudencia nacional, la sentencia de 21 de octubre de 2021 de la Audiencia Nacional confirmó la existencia de un abuso de posición dominante consistente en la **discriminación comercial** de la oferta de servicios de tracción del operador dominante ofrecida a ciertos operadores en condiciones privilegiadas y preferentes²⁰⁰:

“La CNMC recoge en la resolución sancionadora las razones que justifican la imputación y sanción por el artículo 2 al decir: Tal abuso se ha concretado en la discriminación comercial a terceros operadores ferroviarios (particularmente a los miembros de la AEFP) en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, en relación con las condiciones acordadas con las empresas TRANSFESA, PIF, HISPANAAUTO y DB SR DEUTSCHLAND.

Los acuerdos firmados por RENFE con DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAAUTO en materia de servicios de tracción ferroviaria, contienen las siguientes condiciones comerciales discriminatorias con respecto a terceros demandantes de tracción”.

5.4.3.3. Abuso exclusionario

- (242) El concepto de “*explotación abusiva de una posición dominante*” en el sentido del artículo 102 del TFUE es un concepto objetivo que el TJUE ha confirmado

²⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2021 Expte S/DC/0511/14 Renfe Operadora. (ECLI:ES:TS: 2022:17221A).

en su sentencia de 30 de enero de 2020²⁰¹, indicando que *“las actividades de una empresa en posición dominante que, en un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”*.

- (243) En el ámbito nacional, el Tribunal Supremo ha definido el abuso de posición dominante como²⁰²: *“una modalidad singular de abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”*.
- (244) El Tribunal Supremo ha puntualizado, no obstante, que *“no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva”*²⁰³, sino solo aquella conducta que no tenga justificación objetiva y limite o impida la entrada de competidores.
- (245) En efecto, como señala la Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022²⁰⁴:
- “Cuando una autoridad de la competencia comprueba que una práctica realizada por una empresa que ocupa una posición dominante puede menoscabar la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior esa empresa sigue pudiendo demostrar, para que no se considere que dicha práctica constituye una explotación abusiva de la posición dominante, que esta está o estaba objetivamente justificada, bien por determinadas circunstancias del caso de autos, que deben ser, en particular, exteriores a la empresa de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 31 y 75), o bien, habida cuenta del objetivo efectivamente perseguido por el artículo 102 TFUE, por el interés de los consumidores [véase, en particular, en este sentido, la*

²⁰¹ Sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, (EU:C:2020:52), apartado 148 y jurisprudencia citada.

²⁰² Sentencia del TS, de 8 de mayo de 2003, Tándem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación nº 4495/1998, FD 12º. (STS 3133/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3133).

²⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo 583/2018, de 10 de abril de 2018. (ECLI ES:TS: 2018:1362) Recurso Casación: 3568/2015.

²⁰⁴ Sentencia del TJUE 12 de mayo de 2022, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA, párrafo 84. (ECLI:EU:C: 2022:379).

sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 165]”.

- (246) Asimismo, dicha sentencia recuerda que la actuación de la empresa dominante no puede dificultar la entrada de competidores²⁰⁵:

“si bien las empresas en posición dominante pueden defenderse contra sus competidores, deben hacerlo recurriendo a medios propios de una competencia «normal», es decir, basada en los méritos.

En cambio, estas empresas no pueden dificultar la penetración o el mantenimiento en el mercado de que se trate de competidores igual de eficientes recurriendo a medios que no sean los propios de una competencia basada en los méritos. En particular, deben abstenerse de utilizar su posición dominante para ampliar su presencia en otro mercado por medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, apartado 25; de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, EU:C:1996:436, apartado 25, y de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 87).”

- (247) Como refiere numerosa jurisprudencia comunitaria, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por el artículo 102 TFUE (y, por ende, el artículo 2 de la LDC) es un concepto objetivo²⁰⁶, lo que no obsta para tener en cuenta la intencionalidad cuando resulta acreditado que el operador dominante tenía precisamente el objetivo de obstaculizar la competencia, tal y como estableció la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2000²⁰⁷.

- (248) Más recientemente, la jurisprudencia de la Unión en el asunto, precitado, Servizio Elettrico Nazionale²⁰⁸, ha confirmado que para determinar la existencia de una práctica de abusiva lo que debe apreciarse es la capacidad de dicha práctica para limitar la competencia y en particular, para **producir el efecto exclusionario**²⁰⁹:

“En cambio, para aplicar esa calificación, basta con que esa práctica haya tenido, durante el período en el que ha sido ejecutada, la capacidad de producir un efecto de exclusión de competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante (véase, en este sentido,

²⁰⁵ Sentencia del TJUE 12 de mayo de 2022, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA, párrafos 75 y 76. (ECLI:EU:C:2022:379).

²⁰⁶ Sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 148, y de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartado 41.

²⁰⁷ Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2000 (asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P Compagnie Maritime Belge) (ECLI:EU:C: 2000:132).

²⁰⁸ Sentencia del TJUE 12 de mayo de 2022, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA, párrafo 64. (ECLI:EU:C: 2022:379).

²⁰⁹ Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el Asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale SpA, párrafos 70 y ss. (ECLI:EU:C:2022:379).

la sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 66 y jurisprudencia citada).

Habida cuenta de que el carácter abusivo de una práctica no depende de la forma que esta reviste o revestía, sino que supone que dicha práctica tenga o haya tenido la capacidad de limitar la competencia, y, en particular, de producir, con su aplicación, los efectos de exclusión que se le reprochan, este requisito debe apreciarse a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes [véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 154, y de 25 de marzo de 2021, Slovak Telekom/Comisión, C-165/19 P, EU:C:2021:239, apartado 42].

- (249) En consecuencia, se trata de determinar si, a la luz de estos principios generales aplicados a los hechos concretos acreditados, LUMINORA ha abusado de la posición privilegiada que confería su condición de IUN en el mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica en el nudo FAUSITA 400 kV, mediante un ejercicio discriminatorio de sus derechos especiales hacia terceros competidores, provocando la exclusión, ya sea temporal, de los mismos en el mercado de acceso a la red de transporte en dicho nudo.

5.4.3.4. Aplicación al caso

5.4.3.4.1. Abuso discriminatorio

- (250) Tal y como reflejan los hechos acreditados y concluyó la SSR, desde la perspectiva de la normativa del sector eléctrico, LUMINORA llevó a cabo una conducta “reprochable”, a fin de “garantizarse un acceso completo al nudo evitando la entrada de terceros”, entre otras vías, mediante “exigencias jurídicamente injustificadas” dirigidas a SHARK POWER en la tramitación de sus solicitudes de acceso. Lo anterior de tal modo que, para corregir dicha discriminación y “asegurar un acceso no discriminatorio entre todas las instalaciones que habían solicitado acceso”, la SSR determinó que solo cabía “una nueva y única solicitud de acceso conjunta que incluyera las instalaciones de LUMINORA y las de SHARK POWER”, debiendo vigilarse el cumplimiento de la resolución “a la vista de la actuación de LUMINORA” (párrafos (169) y (170)).
- (251) Procede analizar a continuación si dicha actuación discriminatoria de LUMINORA reúne los elementos necesarios para ser calificada de abuso discriminatorio, en los términos recogidos por el artículo 2.2.(d) de la LDC.

a) Prestaciones equivalentes

- (252) Las solicitudes de acceso a la red de transporte de energía eléctrica presentadas por las diferentes promotoras al IUN pueden considerarse similares, sin diferir en la esencia, pues deben cumplir los mismos trámites técnicos, económicos (presentación de avales) y administrativos, y además, se

llevan a cabo en el mismo mercado de producto y geográfico²¹⁰, i.e. el mercado de acceso y conexión a la red de transporte en el nudo FAUSITA 400 kV, con efectos en el mercado conexo de generación de energía eléctrica. En consecuencia, las solicitudes de acceso a la red planteadas por SHARK POWER y LUMINORA, en este contexto comercial comparable, son prestaciones equivalentes, sustituibles y cercanas en el tiempo²¹¹.

- (253) Respecto a este carácter equivalente, como se recoge en el párrafo (134), fue el propio regulador del sistema, REE, el que, de acuerdo con la naturaleza de nueva posición planificada del nudo FAUSITA 400kV, en aplicación de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 15/2018, consideró que las distintas solicitudes individuales de acceso, presentadas por LUMINORA y sus promotores competidores, formaban parte de un mismo “*perímetro de referencia*” (perímetro de referencia a 27 de julio de 2020) y, por tanto, debían integrarse en una misma SCA.
- (254) Por ello, en un contexto competitivo, **tratándose de prestaciones equivalentes, deberían haberse tramitado por el IUN todas aquellas solicitudes completas y contemporáneas de acuerdo con el principio de prelación temporal hasta acabar con la capacidad del nudo FAUSITA 400 kV**, es decir la solicitud de SHARK POWER de 3 de junio de 2020 y la de LUMINORA el 24 de junio de 2020²¹².
- (255) LUMINORA estima que actuó correctamente pues las solicitudes de SHARK POWER y LUMINORA no debían tramitarse de manera conjunta por no tratarse todas ellas de “*solicitudes completas y contemporáneas*”. Y esto por varios motivos: (i) La Resolución de su designación como IUN indicaba claramente que LUMINORA debía presentar una solicitud coordinada de acceso que incluyese únicamente las “*solicitudes aceptadas*”, es decir, únicamente las de LUMINORA (ii) y, si LUMINORA no incluyó las instalaciones de SHARK POWER en la SCA2 y la SCA3, a pesar de haber recibido el burofax de SHARK POWER el 25 de agosto de 2020 y la comunicación de REE el 18 de septiembre de 2020, fue única y exclusivamente porque SHARK POWER no envió la información y documentación técnica necesaria.

²¹⁰ Véase Asunto Case COMP/A.38763/D2, Sequential Use Of Coupons.

²¹¹ Véase, Asunto C-52/07 Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå (STIM) upa. [2008] ECR I-9275., párrafo 109: “*Existe un trato desigual para prestaciones equivalentes cuando no hay una correspondencia entre el valor de la prestación y el de la contraprestación en función de los diversos contratantes. Así pues, el órgano jurisdiccional remitente debe examinar si STIM exige remuneraciones desiguales para prestaciones equivalentes*”.

²¹² Asunto C-525/16 MEO—Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência, párrafo 57: “*Según se desprende de la jurisprudencia, la equivalencia de las operaciones debe determinarse teniendo en cuenta todas las condiciones existentes en el mercado. (11) Entre dichas condiciones se incluye, en particular, un elemento temporal por cuanto que el precio fijado para la prestación de un determinado servicio puede variar a lo largo del tiempo, a la luz de las condiciones del mercado y de los criterios empleados para su determinación. Dicho de otro modo, la circunstancia de que las prestaciones se realicen en momentos distintos puede hacer que las operaciones no sean equivalentes*”.

- (256) LUMINORA señala que incluyó únicamente sus propias solicitudes y las de SOLTEC en la primera SCA, porque, a la vista del contenido de la Resolución de su nombramiento como IUN, entendió que debía presentar únicamente las “*solicitudes aceptadas*”, constando en dicha resolución la solicitud de ALLEANS como “*no aceptada*” y la de SHARK POWER “*en análisis*”. Según LUMINORA, en la resolución de su designación como IUN no se hacía ninguna mención a un “*perímetro de referencia*”, ni se indicaba expresamente que no tuviese que incluir en la solicitud de acceso coordinada las plantas de ALLEANS y sí las de SHARK POWER, por lo que concluyó que la obligación del IUN era incluir en la solicitud de acceso coordinada las “*solicitudes aceptadas*”²¹³, sin que, según indica LUMINORA, recibiera instrucción por parte de REE en otro sentido.
- (257) Como ya se ha explicado a lo largo de la presente Resolución, LUMINORA, en su calidad de IUN, tenía la obligación de presentar de forma conjunta y coordinada todas aquellas solicitudes de acceso al nudo FAUSITA 400 kV presentadas en el límite temporal fijado por REE (el 20 de julio de 2020), como corresponde a una nueva posición planificada. En esa fecha, la Resolución de la SSR constató que las dos únicas solicitudes que podían tramitarse eran las de SHARK POWER y LUMINORA. Cualquier otra valoración sobre el contenido y forma de las solicitudes, correspondía exclusivamente a REE.
- (258) Por tanto, la no inclusión de la solicitud de SHARK POWER, que era incluso anterior a la de LUMINORA, suponía un tratamiento diferenciado injustificado y discriminatorio por parte de LUMINORA como advierte la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021: “*Un IUN no es ni puede ser, en ningún caso, el que decida posponer una solicitud claramente anterior, que es lo que LUMINORA está realizando en el presente caso*”.
- (259) LUMINORA justifica no haberla incluido en las siguientes SCA por cuanto SHARK POWER no remitió la documentación y solicitud completa necesaria para preparar la SCA correspondiente, tal y como exigiría REE en sus guías de actuación²¹⁴ y la CNMC en el CFT/DE/114/19²¹⁵. Además, señala que SHARK POWER no se puso en contacto con la persona designada por LUMINORA para ejercer las funciones del IUN y cuyos datos de contacto estaban publicados en la web de REE y consideró suficiente contactar de manera informal con LUMINORA sin aportar la información y documentación técnica relevante y necesaria. Así lo indicó REE en sus alegaciones al conflicto de

²¹³ Resolución de la Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera, por la que se designa Interlocutor Único De Nudo (IUN) de la Subestación de Transporte “FAUSITA 400 Kv” ubicada en Cartagena, Murcia, a LUMINORA SOLAR DOCE, S.L., CON CIF B88593934 (EXPEDIENTE 4E20VEE10745). Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 358).

²¹⁴ A las que hace referencia la Propuesta de Resolución párrafo (51) y que aporta LUMINORA como Anexo a sus alegaciones al PCH “Anexo 4 Datos a incluir en la solicitud de acceso a la red de transporte para instalaciones de red de distribución y consumo” de la Resolución de 11 de febrero de 2005 de la Secretaría General de Energía (folios 1442 a 1445).

²¹⁵ Resolución de la SSR de la CNMC de 22 de julio de 2020, CFT/DE/114/19.

acceso²¹⁶: “no habiendo sido atendido el requerimiento formulado por RED ELÉCTRICA en 18/09/2020 -ni por las Solicitantes que no han remitido al IUN su solicitud de acceso, ni por el IUN que no ha remitido a REE solicitud coordinada integrando las solicitudes de las Solicitantes”.

- (260) Tampoco puede alegar LUMINORA que la exclusión de SHARK POWER estaba justificada al no haber enviado SHARK POWER la información de su solicitud al IUN. Como se indica en la resolución de la SSR de 8 de julio de 2021:

*“La exigencia extemporánea de LUMINORA de exigir que le envíe a él la solicitud ya formulada **es una traba evidente para el ejercicio del derecho de acceso a la red, más cuando el objetivo es incluirla en una solicitud posterior a la de las propias instalaciones** de LUMINORA. Sin duda, LUMINORA no solo se excede de las funciones del IUN, sino que **utiliza su posición para adelantar sus solicitudes** sobre las previas de SHARK POWER”.*

- (261) En consecuencia, esta Sala discrepa con la interpretación que LUMINORA realiza de los hechos. Tal y como reflejan los hechos acreditados y concluyó la SSR en su Resolución de 8 de julio de 2021 relativa al conflicto de acceso CFT/DE/134/20, **LUMINORA decidió aprovechar el desconocimiento del resto de promotores de su designación como IUN para presentar una primera SCA, el mismo día de su nombramiento** (el 28 de julio de 2020) únicamente con sus solicitudes y las del grupo al que pertenece, incumpliendo el perímetro de referencia fijado por REE como corresponde al IUN en este tipo de nuevas posiciones en el nudo FAUSITA 400 kV, a fin de garantizarse un acceso completo al nudo frente a terceros (párrafos (168).
- (262) LUMINORA no esperó a que su nombramiento como IUN fuera publicado en la página Web de REE y a las pocas horas de recibir la resolución de su designación procedió a presentar la SCA1, que incluía únicamente las instalaciones de la propia LUMINORA, de manera que el resto de los promotores interesados desconocían la existencia de un IUN al que debían dirigir sus solicitudes de acceso. En todo caso y en contra de lo que afirma LUMINORA, en el escrito de designación del IUN²¹⁷ en el que figura la relación de promotores con solicitud de acceso presentada, LUMINORA no puede ignorar que figuraban 11 de las 12 solicitudes de SHARK POWER “*en análisis*” y no como “*No Aceptada*” (como era el caso de la solicitud de ALLEANS).

²¹⁶ Escrito de alegaciones de REE al CFT 134/20 incorporado al expediente mediante deducción de testimonio (folio 798).

²¹⁷ Resolución de la Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera, por la que se designa Interlocutor Único De Nudo (IUN) de la Subestación de Transporte “FAUSITA 400 Kv” ubicada en Cartagena, Murcia, a LUMINORA SOLAR DOCE, S.L., CON CIF B88593934 (EXPEDIENTE 4E20VEE10745). Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 356).

- (263) No obstante, **dado que dichas solicitudes habían sido incluidas por REE en el perímetro de referencia y figuraban en el Resolución de su designación como IUN, LUMINORA incumplió su obligación como IUN de incluir las solicitudes identificadas por REE en dicho perímetro de referencia**, así como de contactar con las solicitantes antes de presentar la primera SCA, como se recoge la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 resolviendo el Conflicto de Acceso CFT/DE/134/20:²¹⁸ *“Se ha dicho en varias ocasiones que el perímetro de referencia es solo el paso previo a la formulación de la primera solicitud de acceso coordinada y que una vez delimitado, **el IUN debe ponerse en contacto con todos los solicitantes de acceso que consten en dicho perímetro, tengan o no confirmación de garantías**”* (énfasis añadido)²¹⁹.
- (264) Es más, **LUMINORA no solo no contactó con los solicitantes, sino que, pese a haber sido advertida de la necesidad de incluir sus instalaciones en la SCA por SHARK POWER–telefónicamente el 30 de julio de 2020 y por medio del burofax que LUMINORA recibió de forma efectiva el 25 de agosto de 2020– el 29 de agosto de 2020 presentó una segunda SCA, ignorando las solicitudes de acceso de SHARK POWER e incumpliendo el perímetro de referencia fijado por REE tal y como reflejaba la resolución mediante la que se procedía a su nombramiento como IUN por el Gobierno de Murcia** (párrafo (134)).
- (265) **LUMINORA ignoró también a REE que expresamente rechazó esta segunda SCA e instó en su comunicación de 18 de septiembre de 2020 al IUN a incluir la solicitud de SHARK POWER junto a la de LUMINORA, a pesar de que como aclara la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, como IUN, “LUMINORA no puede negarse a cumplir las instrucciones del gestor de la red”**. Sin embargo, con pleno conocimiento, LUMINORA decidió, en contra de las indicaciones de REE, que solo sus solicitudes y las de su grupo empresarial cumplieran con los requisitos para solicitar el acceso a la red de transporte, cuando corresponde exclusivamente a REE, como gestor de la red, la facultad de solicitar su debida subsanación. Como afirma la Resolución de la SSR del conflicto de referencia: *“la actuación de LUMINORA, posterior a la rectificación de REE no está justificada, bien al contrario, **puede entenderse como un caso de aprovechamiento de la condición del IUN**”* (énfasis añadido).
- (266) Además, tal y como pudo comprobar la SSR en el marco del conflicto de referencia, SHARK POWER no remitió la documentación correspondiente a su

²¹⁸ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20.

solicitud al IUN, precisamente, para evitar “*la consolidación de la situación que hubiera podido producirse*”, es decir, la aceptación de su exclusión de la primera SCA.

- (267) Según LUMINORA, REE tenía pleno conocimiento para valorar si la primera SCA había sido correctamente presentada, por lo que LUMINORA carecía de la capacidad para engañar a REE, a diferencia de la solicitud de otra de las promotoras interesadas, como DRES, de la que REE sólo pudo tener conocimiento por el IUN al haberla incluido LUMINORA en la segunda SCA. Por tanto, según LUMINORA, la primera SCA1 no tenía como objetivo alterar la prelación temporal de las solicitudes, entre otras razones, porque hubiese sido imposible, tal y como demostrarían las actuaciones posteriores de REE.
- (268) En efecto, la prelación temporal y el perímetro de referencia establecidos por REE no podían ser alterados por LUMINORA. Pero no cabe duda de que LUMINORA tuvo margen de autonomía suficiente para entorpecer la acción de REE, pues como se afirma en la Resolución de la SSR del 8 de julio de 2021, la actuación de LUMINORA en la primera SCA: ***“solo tiene como fin crear la apariencia de que la solicitud de SHARK POWER es posterior a la suya, justo cuando es lo contrario”*** (énfasis añadido).
- (269) Posteriormente, al actuar en contra del criterio explícito de REE en su requerimiento de 18 de septiembre de 2020, presentando el 14 de octubre de 2020 una tercera SCA, a diferencia de lo que sostiene LUMINORA, de que sólo el operador del sistema puede pronunciarse sobre los proyectos que remite el IUN, la Resolución de la SSR del 8 de julio de 2021 indica que obligó *“a REE a no resolver la solicitud coordinada de acceso planteada por el IUN”*.
- (270) Como consta en las guías de actuación de REE, mencionadas en la Resolución de la SSR del CFT/DE/114/19 y a las que la propia LUMINORA se refiere en su escrito de alegaciones²²⁰, consta que: ***“la ley fija el régimen de otorgamiento y denegación bajo criterios exclusivamente técnicos, correspondiendo su responsabilidad y ejercicio exclusivamente al operador del sistema y gestor de la red de transporte”***, por lo que el *“IUN ha de limitarse a comprobar si la solicitud de acceso presentada cumple con los requisitos formales, entre ellos, el depósito del aval. No existe, por tanto, motivo alguno por el que el IUN pueda excluir de la tramitación conjunta y coordinada a una determinada solicitud que formalmente, como era el caso, estaba completa. Ningún IUN puede suplantar a REE emitiendo requerimientos de subsanación ajenos a cuestiones de índole formal”*²²¹.

²²⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 328 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución.

²²¹ Resolución de la SSR de la CNMC de 22 de julio de 2020, CFT/DE/114/19.

- (271) Precisamente, en el ámbito del conflicto CFT/DE/134/20, REE alegó no haber dado respuesta a ninguna solicitud de acceso porque LUMINORA no había atendido a su requerimiento de 18 de septiembre de 2020:

“A tenor de lo indicado, no habiendo sido atendido el requerimiento formulado por RED ELÉCTRICA en 18/09/2020 –ni por las Solicitantes que no han remitido al IUN su solicitud de acceso, ni por el IUN que no ha remitido al IUN solicitud coordinada integrando las solicitudes de las Solicitantes–, y ante la existencia del presente Conflicto de acceso planteado por SPR ante la CNMC para la conexión en FAUSITA 400 kV, informamos que RED ELÉCTRICA no ha dado respuesta a ninguna de las solicitudes otorgando o denegando permiso de acceso, entendiéndose que debe resolverse previamente por esa CNMC la situación de tramitación existente en el nudo FAUSITA 400 kV”.

- (272) Del relato de los hechos se desprende que este requerimiento de 18 de septiembre de 2020 de REE fue enviado a LUMINORA, como IUN, y que fue desatendido, presentando LUMINORA una tercera SCA el 14 de octubre de 2020, solo con sus instalaciones, a pesar de conocer, al menos desde el 5 de octubre de 2020, que SHARK POWER había presentado un conflicto de acceso ante la CNMC (el 31 de agosto) que suspendía la tramitación del procedimiento de acceso.

b) Condiciones desiguales

- (273) Desde su creación de la figura del IUN, la Dirección de Energía ha identificado tres tipos de conductas en las que el IUN actúa con total autonomía respecto del resto de promotores desde la posición de dominio que le confiere esta condición de tramitador necesario²²².
- (274) Un primer tipo en el que el IUN se ha arrogado una competencia que no le corresponde: la de analizar las solicitudes de acceso recibidas. En estos casos, el IUN ha requerido la subsanación de la documentación presentada junto a la solicitud individual, retrasando de forma deliberada el reenvío de dicha solicitud a REE.
- (275) Un segundo tipo, más habitual, en el que el IUN no ha tramitado o ha retirado, de forma deliberada, la solicitud de otro promotor, con objeto de excluirla de una determinada solicitud coordinada de acceso, en la que sí se incluyen las instalaciones promovidas por el propio IUN.
- (276) Y un tercer tipo, en el que el IUN al conocer y/o promover una modificación de la planificación que conlleva la apertura de una nueva posición, hace uso de esta información privilegiada, para solicitar acceso a dicha nueva posición, no planificada, en su propio beneficio y en perjuicio de terceros.

²²² Informe de fecha 4 de noviembre de 2019, remitido por la Dirección de Energía a petición de la Dirección de Competencia en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA e incorporado al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 1240 a 1251).

- (277) De la actuación llevada a cabo por LUMINORA, en su doble condición de IUN y promotor, se deduce que, valiéndose de la posición de dominio que le confería dicha condición, incumplió el principio de prelación temporal en la configuración y presentación de las SCA, ofreciendo condiciones desiguales a las solicitudes de los terceros promotores ajenos al grupo empresarial al que pertenece LUMINORA, pero que al igual que sus proyectos aspiraban a acceder al mismo nudo FAUSITA 400 kV.
- (278) La resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 en el marco del CFT/DE/134/20 se reprochaba que la rápida actuación de LUMINORA tenía por objetivo alterar la vigencia del principio de prelación temporal en el ejercicio del derecho de acceso al nudo de la red de transporte de energía eléctrica:
- “En segundo lugar, LUMINORA planteó una solicitud de acceso solo con sus instalaciones el día 28 de julio de 2020, antes de la publicación en la web de su designación como IUN y sin tener en cuenta la existencia de otras instalaciones que estaban reflejadas en la resolución de la Comunidad Autónoma. Es evidente que **su rápida actuación pretendía garantizarle un acceso completo al nudo, evitando la entrada de terceros**”* ²²³ (énfasis añadido).
- (279) Así, antes de la publicación en la web de su designación como IUN el 30 de julio de 2020 y sabiendo de la existencia de un perímetro de referencia que incluía otras instalaciones, tal y como se refleja en la resolución de la Comunidad Autónoma relativa a la designación del IUN de 27 de julio de 2020, LUMINORA planteó una primera solicitud de acceso coordinada (SCA1) el día 28 de julio de 2020 incumpliendo el principio de prelación temporal de las solicitudes individuales de acceso al incluir únicamente las suyas propias y no las del competidor SHARK POWER, que habían sido presentadas con anterioridad a las suyas.
- (280) Asimismo, en la resolución de la SSR se afirmaba que la conducta posterior de LUMINORA resultó igualmente reprochable:
- “La actitud posterior de LUMINORA es así mismo reprochable. Su exigencia, jurídicamente injustificada de que SHARK POWER le dé traslado de una solicitud directamente a él como IUN, desconociendo que ya había solicitado a REE el día 3 de junio de 2020, **solo tiene como fin crear la apariencia de que la solicitud de SHARK POWER es posterior a la suya**, justo cuando es lo contrario”* ²²⁴ (énfasis añadido).
- (281) Dicha exigencia, jurídicamente injustificada de que SHARK POWER le diera traslado directamente a él de su solicitud individual, sabiendo que ya la había remitido a REE el día 3 de junio de 2020, pretendía arrogarse una prelación

²²³ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Página 15).

²²⁴ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Página 16).

temporal inexistente. Es más, el IUN no podía negarse a cumplir las instrucciones del gestor de la red, alegando que desconocía la existencia de las solicitudes de acceso previas por parte de SHARK POWER, pues constaban sus instalaciones desde la comunicación de 20 de julio de 2020 de REE y en la resolución de la Región de Murcia de 27 de julio de 2020 que designaba LUMINORA como IUN:

“Un IUN no es ni puede ser, en ningún caso, el que decida posponer una solicitud claramente anterior, que es lo que LUMINORA está realizando en el presente caso.

Además, LUMINORA no puede alegar que desconocía la existencia de la solicitud de SHARK POWER. REE comunicó a la Comunidad Autónoma todas las solicitudes de acceso el día 20 de julio de 2020. La Resolución de la Comunidad Autónoma del 27 de julio de 2020, que han aportado tanto LUMINORA como REE, pone de manifiesto con claridad que ese día había dos solicitudes individuales, una con confirmación de garantías y otra, al menos con la confirmación de las garantías en análisis”²²⁵.

- (282) El 30 de julio de 2020, siendo pública su designación como IUN, y habiendo recibido comunicación de SHARK POWER, tanto por escrito como telefónicamente para que tuviera en cuenta sus instalaciones que ya habían sido objeto de conocimiento por REE, LUMINORA siguió ignorando la prelación de dicha solicitud a la hora de incluirla en una SCA.
- (283) En consecuencia, el trato discriminatorio llevado a cabo por LUMINORA entre el 28 de julio de 2020 y el 8 de julio de 2021, incumpliendo el principio de prelación temporal en la tramitación de las solicitudes individuales de acceso al nudo FAUSITA 400 kV, en particular respecto de SHARK POWER, fue manifiesto y reiterado.
- (284) Incluso con pleno conocimiento de la solicitud de SHARK POWER, el 29 de agosto de 2020, cuando LUMINORA presentó la SCA2, no sólo excluyó de nuevo las instalaciones de SHARK POWER, sino que incluyó las de otros promotores que, a diferencia de las de SHARK POWER, no cumplían con los requisitos necesarios.
- (285) Por todo lo anterior, LUMINORA, aplicó unas condiciones desiguales en el tratamiento de las solicitudes presentadas por su competidor SHARK POWER, frente a las solicitudes promovidas por su grupo empresarial: en un primer momento presentando ante REE únicamente su solicitud de acceso aprovechando el conocimiento privilegiado de su designación como IUN, y después, negándose en repetidas ocasiones sin justificación objetiva a la inclusión de las instalaciones de SHARK POWER en las posteriores.
- (286) Según defiende LUMINORA en sus alegaciones, el hecho de que SHARK POWER considerase suficiente contactar de manera informal con LUMINORA

²²⁵ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Página 15).

y por cauces distintos a los establecidos, demostraría la ausencia de buena fe por parte de SHARK POWER, que esperaba recibir un trato privilegiado al resto de promotores por parte del IUN. LUMINORA sostiene que no podía incluir las instalaciones de SHARK POWER en la SCA2 sin disponer de una notificación formal y de la documentación e información necesaria para cumplimentar la SCA, de lo contrario habría incurrido en una discriminación de trato respecto del resto de operadores. Alega LUMINORA que SHARK POWER no podía concluir que, de haber enviado la documentación requerida por LUMINORA, ésta no habría sido incluida en una SCA. Para respaldar esta tesis, LUMINORA apunta que, a los efectos de cumplir con lo acordado por la CNMC en la Resolución de la SSR del conflicto CFT/DE/0134/20, SHARK POWER envió un correo electrónico a LUMINORA con toda la información y documentación necesaria y requerida en la normativa aplicable, que permitió la presentación de una solicitud coordinada de acceso.

- (287) En contestación a tales alegaciones, procede remitirse de nuevo a la resolución firme de 8 de julio de 2021 que resuelve el conflicto CFT/DE/134/20. La SSR, organismo mejor situado para valorar las conductas de los distintos actores implicados en el procedimiento de acceso, bajo el prisma de la regulación del sector eléctrico, en ningún momento cuestiona la actuación de SHARK POWER a la que alude LUMINORA. Antes, al contrario, la SSR justifica la referida actuación de SHARK POWER para *“evitar la consolidación de la situación que hubiera podido producirse de remitir su solicitud al IUN”* y sanciona la conducta de LUMINORA al reclamar la documentación en cuestión. Afirma textualmente a este respecto la SSR que *“es obvio que no se puede compartir tal interpretación”* refiriéndose al planteamiento de LUMINORA según el cual *“una vez designado IUN es a él a quién corresponde y no a REE y que, por tanto, su actuación es correcta y que la solicitud de acceso de SHARK POWER debe dirigirse a él para poder ser tramitada”* siendo la exigencia de LUMINORA *“jurídicamente injustificada”*.
- (288) LUMINORA tenía pleno conocimiento de la solicitud de acceso a la red de las instalaciones de SHARK POWER, al constar esta empresa en el perímetro de referencia delimitado por el operador del sistema desde el 27 de julio de 2020 y decidió no tenerla en cuenta. LUMINORA siguió ignorando dicha solicitud pese a que SHARK POWER le solicitó que incluyese sus instalaciones junto a las de LUMINORA e incluso prosiguió ignorándola después de ser requerida a tal fin por la propia REE. De hecho, como se ha visto, LUMINORA rechazó hasta en dos ocasiones el requerimiento de REE y acabó presentando una tercera SCA que excluía las instalaciones de SHARK POWER incluyendo únicamente las suyas propias.
- (289) Por tanto, y como se desprende expresamente de la resolución del conflicto de acceso CFT/DE/134/20, sin que LUMINORA haya aportado, en el marco del presente expediente sancionador, evidencias que permitan desvirtuar las conclusiones de la SSR, esta Sala considera que no puede sostenerse que

LUMINORA actuase con la debida responsabilidad en el cumplimiento del principio de igualdad, transparencia y no discriminación que debe guiar al IUN en su actuación como coordinador de las solicitudes de acceso al nudo de la red de transporte presentadas por los distintos promotores que compiten por la capacidad limitada del mismo.

- (290) Defiende, asimismo LUMINORA, que, en ningún caso podía alterar la prelación temporal para crear la apariencia de que la solicitud de SHARK POWER era posterior a la suya ya que REE disponía de toda la información. La comunicación de REE de 18 de septiembre de 2020 acreditaría la falta de aptitud de LUMINORA para conseguir la alegada alteración de la prelación temporal de las solicitudes
- (291) De nuevo debe señalarse que la función del IUN únicamente debe ser la de tramitar, en su caso, de manera conjunta, las solicitudes de acceso incluidas en un perímetro de referencia para su análisis por parte de REE, que en caso de haber observado la falta de algunos de los *“Datos a incluir en la solicitud de acceso a la red de transporte para instalaciones de red de distribución y consumo”*²²⁶, habría requerido su subsanación al promotor de que se trate, en este caso, SHARK POWER. Como recoge la Resolución de la SSR de 22 de julio de 2020, en el marco del CFT/DE/114/19²²⁷: ***“Ningún IUN puede suplantar a REE emitiendo requerimientos de subsanación ajenos a cuestiones de índole formal”***, pese a que LUMINORA pretenda basar en este CFT que su actuación fue ajustaba a derecho.

c) Desventaja Competitiva

- (292) Como advierte la SSR en la resolución del conflicto de acceso CFT/DE/134/20²²⁸, el trato desigual brindado por LUMINORA tenía el objetivo de dejar fuera del acceso al nudo FAUSITA 400kV a las instalaciones de SHARK POWER generando a ésta última una desventaja competitiva. LUMINORA y SHARK POWER son competidoras directas²²⁹ en el mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica por la capacidad disponible en el nudo FAUSITA 400 kV. Así pues, la discriminación llevada a cabo por LUMINORA, priorizando sus proyectos en las SCA presentadas, tuvo, cuando menos, la aptitud de generarle una ventaja competitiva en dicho mercado con afectación potencial en el mercado conexo de generación de energía eléctrica.

²²⁶ Anexo 4 de la Resolución de 11 de febrero de 2005 de la Secretaría General de Energía, aportado por LUMINORA como Anexo a sus alegaciones al PCH (folios 1442 a 1445).

²²⁷ Resolución de la SSR de la CNMC de 22 de julio de 2020, CFT/DE/114/19.

²²⁸ *“Es evidente que su rápida actuación pretendía garantizarle un acceso completo al nudo, evitando la entrada de terceros.”*

²²⁹ Asunto Case C-52/07 Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa. [2008] ECR I-9275

- (293) De no haber presentado el conflicto de acceso ante la Dirección de Energía de la CNMC, esta desventaja competitiva habría impedido a SHARK POWER acceder a la red de transporte de energía eléctrica en el nudo FAUSITA 400 Kv²³⁰ y, en cualquier caso, la actuación abusiva de LUMINORA en el ejercicio de sus funciones como IUN, retrasó considerablemente la concesión del acceso a SHARK POWER desde su primera solicitud presentada ante REE el 3 de junio de 2020.
- (294) Como reflejan los hechos probados y constató expresamente la SSR de la CNMC en su Resolución de 8 de julio de 2021, LUMINORA se excedió en sus funciones de IUN, otorgando un trato discriminatorio a SHARK POWER, al excluir sistemáticamente los proyectos equivalentes de SHARK POWER en las SCA de acceso al nudo que fueron presentadas ante REE²³¹.
- (295) La anterior Resolución estableció que el acceso no discriminatorio sólo se aseguraba mediante una nueva y única solicitud de acceso coordinada y conjunta que incluyera tanto las instalaciones de LUMINORA como las de SHARK POWER:

*“Todas estas consideraciones conducen a que la estimación del presente conflicto conlleva que deba asegurarse un **acceso no discriminatorio** entre todas las instalaciones que **habían solicitado acceso individual a REE en relación con la nueva posición del nudo FAUSITA 400 kV antes del cierre del perímetro de referencia**, sin que corresponda tampoco dar prioridad a las solicitudes de SHARK POWER sobre la de LUMINORA, aun cuando temporalmente sea anterior porque la delimitación del perímetro de referencia a fecha 20 de julio de 2020 por parte de REE fue correcta, a salvo su error en relación con la situación de la confirmación de la adecuada constitución de las garantías”²³².*

- (296) LUMINORA aduce que sus actuaciones como IUN no tenían la aptitud para obstaculizar la entrada de SHARK POWER, y rechaza que la Resolución de la SSR del Conflicto corrigiera una desventaja competitiva, producida por las supuestas condiciones desiguales aplicadas por LUMINORA, ya que REE mediante su comunicación de 18 de septiembre de 2020, indicó a LUMINORA y SHARK POWER, antes incluso de tener conocimiento del planteamiento del conflicto de acceso, lo mismo que la Resolución de la SSR del Conflicto: que el IUN debía presentar una solicitud coordinada de acceso que incluyese las instalaciones promovidas por ambas empresas. Además, reitera LUMINORA, que REE ni siquiera llegó a aceptar el SCA1 y, si LUMINORA no incluyó las instalaciones de SHARK POWER en la SCA2 y la SCA3, fue única y

²³⁰ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 23 de febrero de 2006 C-95/04 P British Airways plc v Commission [2007] ECR I-2331, párrafos. 124-125.

²³¹ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Páginas 15 y 16).

²³² Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Páginas 15 y 16).

exclusivamente porque SHARK POWER no le remitió la información y documentación técnica. De acuerdo con sus alegaciones, LUMINORA actuó con total transparencia al informar de este problema concreto a REE. Sostiene a este respecto la empresa imputada que, aunque hubiese podido expresar, en las alegaciones enviadas a REE una opinión distinta, en ningún momento se negó a acatar sus instrucciones.

- (297) Concluye así LUMINORA que no concurrirían los elementos del abuso discriminatorio, ni puede considerarse que existiesen prestaciones equivalentes, ni tampoco que LUMINORA aplicase condiciones desiguales a tales prestaciones equivalentes, ni que las supuestas condiciones desiguales pudiesen conllevar desventajas competitivas para SHARK POWER.
- (298) Esta Sala debe subrayar que el tratamiento por parte de LUMINORA de las solicitudes de acceso y conexión al nudo FAUSITA 400 kV presentadas por los distintos promotores, en contra de las expresas notificaciones y actuaciones del operador del sistema, contraviniendo los principios de igualdad, transparencia y no discriminación fue consecuencia única y exclusivamente de la conducta de LUMINORA que aprovechó su condición de IUN en dicho nudo para garantizar el acceso de sus instalaciones a la plena capacidad del nudo tal y como se refleja en la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 que resuelve el CFT/DE/0134/20.
- (299) Todo lo anterior permite concluir que **LUMINORA, como IUN del nudo FAUSITA 400 kV, brindó un trato discriminatorio a las solicitudes de acceso individuales de terceros competidores en el sentido del artículo 2.2(d) de la LDC**. Ello le supuso una relevante ventaja competitiva en dicho mercado, así como, potencialmente, en el mercado verticalmente relacionado de generación de energía eléctrica.

5.4.3.4.2. Abuso exclusionario

- (300) LUMINORA no sólo abusó de esa posición de dominio como IUN, actuando de forma discriminatoria sin ninguna justificación objetiva, sino que, además, su conducta pudo derivar en la exclusión de sus competidores, puesto que el resultado pretendido con esta actuación discriminatoria de LUMINORA fue que sus plantas o proyectos pudieran obtener el acceso a la red de transporte en dicho nudo formando parte de las SCA presentadas, dejando a las instalaciones de SHARK POWER fuera de las SCA remitidas a REE.
- (301) Así, en el nudo FAUSITA 400 kV, la conducta abusiva de LUMINORA se tradujo, tal y como se recoge en el párrafo (150) de esta Resolución, en que la solicitud individual de acceso de las instalaciones de SHARK POWER no pudo ser remitida a REE como parte de una SCA para tener acceso a la red de transporte en dicho nudo, al negarse LUMINORA a incluirlas en las solicitudes coordinadas de acceso. De tal que forma que, de no haberse planteado el conflicto de acceso, los proyectos de SHARK POWER no habrían sido tenidos

en cuenta por REE habiendo quedado excluidos del acceso al nudo FAUSITA 400 kV y en consecuencia, del mercado relacionado de generación al no poderse verter la electricidad producida por dichas instalaciones a la red de transporte.

- (302) Además de excluir a SHARK POWR de la primera SCA que presentó ante REE, LUMINORA fue haciendo caso omiso de las indicaciones del gestor de la red que le instó primero, el 18 de septiembre de 2020, a presentar una SCA conforme a la definición del perímetro de referencia y después, el 20 de octubre de 2020, a suspender la tramitación de cualquier solicitud hasta que se resolviera el conflicto de acceso planteado por SHARK POWER.
- (303) LUMINORA fue aún más lejos en su discrecionalidad a la hora de configurar las SCA con incumplimiento del principio de prelación temporal, declarando “improcedente” las indicaciones de REE y presentando una SCA3 que volvía a incluir únicamente sus instalaciones, y excluyendo las solicitudes individuales de terceros competidores anteriores a las suyas propias, en contra del requerimiento del operador del sistema de 18 de septiembre de 2020 como recoge el párrafo (152) de la presente Resolución.
- (304) LUMINORA rechaza dichos extremos y sostiene que en ningún momento se negó a seguir las instrucciones de REE ni incumplió el principio de prelación temporal, sino que fue SHARK POWER la que nunca le remitió su solicitud de acceso ni aportó la documentación necesaria. Según LUMINORA, se estaría obviando que fue precisamente SHARK POWER la que no atendió a dichas indicaciones (como se deduce de las alegaciones de REE al conflicto de acceso²³³). LUMINORA alega que contestó a dichas instrucciones en sus alegaciones de 25 de septiembre de 2020 y quedó a la espera, pero REE nunca respondió a las mismas.
- (305) Debemos no obstante insistir en que la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 del conflicto CFT/DE/0134/20 en ningún momento cuestiona la conducta de SHARK POWER ni de REE, sino que se refiere a los incumplimientos de LUMINORA como IUN impidiendo a REE resolver sobre el acceso: ***“Así las cosas, tras un primer requisito de subsanación, el 18 de septiembre de 2020, REE remite una comunicación al IUN instando a la realización de una solicitud conjunta y coordinada de acceso que incluyera las plantas de SHARK POWER, a lo que LUMINARA (sic) se niega, obligando a REE a no resolver sobre la solicitud coordinada de acceso planteada por el IUN. Con***

²³³ “A tenor de lo indicado, no habiendo sido atendido el requerimiento formulado por RED ELÉCTRICA en 18/09/2020 –ni por las Solicitantes que no han remitido al IUN su solicitud de acceso, ni por el IUN que no ha remitido al IUN solicitud coordinada integrando las solicitudes de las Solicitantes–, y ante la existencia del presente Conflicto de acceso planteado por SPR ante la CNMC para la conexión en FAUSITA 400 kV, informamos que RED ELÉCTRICA no ha dado respuesta a ninguna de las solicitudes otorgando o denegando permiso de acceso, entendiéndose que debe resolverse previamente por esa CNMC la situación de tramitación existente en el nudo FAUSITA 400 kV”. Alegaciones presentadas por REE al CFT 134_2020 e incorporadas al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 798).

anterioridad, SHARK POWER había planteado el presente conflicto de acceso”

²³⁴.

- (306) El comportamiento de LUMINORA, en su condición de IUN, buscó expulsar a los proyectos de los terceros promotores en el acceso al nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte. Tanto es así que estos quedaron sistemáticamente excluidos de las distintas solicitudes coordinadas de acceso remitidas por LUMINORA a REE, y que sólo como consecuencia del conflicto de acceso planteado por SHARK POWER el 31 de agosto de 2020, la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 pudo dejar sin efecto dicha exclusión, lo cual en ningún modo refuta la aptitud de las prácticas llevadas a cabo para producir efectos reales de expulsión en el mercado.
- (307) Conviene recordar a este respecto, la doctrina consolidada según la cual la infracción del artículo 2 de la LDC no requiere la demostración de que la práctica llevada a cabo por la empresa en cuestión haya causado un efecto real en el mercado, sino que basta con demostrar que ese efecto es posible o potencial. En palabras de la Audiencia Nacional:
- “El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma”²³⁵.*
- (308) Nótese, en cualquier caso, que además del efecto potencial de exclusión definitiva que se hubiese producido en caso de no plantearse el conflicto de acceso, sí se produjo un efecto anticompetitivo cierto en el mercado, consistente en un retraso significativo en la concesión de acceso de las instalaciones de SHARK POWER al nudo al nudo FAUSITA 400. SHARK POWER remitió su primera solicitud de acceso en junio de 2020 debiendo esperar más de un año para que se le concediese dicho acceso en agosto de 2021.
- (309) Como señaló la citada Resolución de 8 de julio de 2021 de la SSR: *“Dicho acceso no discriminatorio solo se asegura mediante una nueva y única solicitud de acceso conjunta que incluya las instalaciones de LUMINORA y las de SHARK POWER, incluida en este caso la instalación denominada “Marlin”, en tanto que la solicitud de la misma se llevó a cabo de forma correcta y completa el día 3 de junio de 2020²³⁶.”*
- (310) Por tanto, ni la exclusión de las instalaciones de SHARK POWER de las SCAs previas al conflicto de acceso, ni el retraso en la concesión efectiva del mismo, se habrían producido en un escenario contrafactual en el que LUMINORA

²³⁴ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Página 12).

²³⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección Sexta) de 28 de febrero de 2014, recurso 39/2013, Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje, (ECLI:ES:AN:2014:769), FJ 3º.

²³⁶ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (Páginas 15 y 16).

hubiese ejercido de buena fe las funciones del IUN, respetando el principio de **prelación temporal** de las solicitudes individuales de acceso a la hora de conformar y presentar las SCA ante REE, cumpliendo con la delimitación del perímetro de referencia indicada por REE y sin afectar al derecho de acceso de SHARK POWER. Y todo ello, en atención a la especial responsabilidad que le incumbía en su condición de IUN en el nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte de energía eléctrica.

- (311) La actuación discriminatoria de LUMINORA en su calidad de IUN tuvo como consecuencia que sus proyectos (promovidos por el Grupo Powertis) fueran incluidas en las SCAs remitidas a REE, excluyendo hasta en tres ocasiones y e incluso en contra del criterio expresamente notificado por REE, las solicitudes de SHARK POWER. Sólo la actuación de este tercero (ajena por tanto totalmente a la acción y voluntad del operador dominante) mediante la presentación del conflicto de acceso ante la Dirección de Energía de la CNMC pudo revertir la situación generada por LUMINORA y posicionar a todos los operadores en condiciones de igualdad para el acceso y conexión al nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte.
- (312) LUMINORA niega esta posibilidad dado que REE, antes incluso de haber sido informada del conflicto de acceso presentado por SHARK POWER, ya había remitido su comunicación de 18 de septiembre de 2020 a LUMINORA y SHARK POWER, resolvió lo mismo que la CNMC un año después en la Resolución de 8 de julio de 2021 del Conflicto de referencia. Por tanto, según LUMINORA, sin mediar el conflicto de acceso, habría presentado una solicitud de acceso incluyendo las instalaciones de SHARK POWER, una vez hubiese recibido la información y documentación técnica necesaria.
- (313) Esta Sala considera que, como se acredita con la comunicación de 25 de septiembre de 2020 de LUMINORA a REE y sus actuaciones posteriores, LUMINORA notificó a la REE no tener intención de cumplir con el requerimiento de REE de 18 de septiembre de 2020 (párrafo(153)), atribuyéndose las funciones propias del gestor de la red al solicitar a otros promotores la subsanación de su solicitud de acceso más allá de los elementos formales y presentando el 14 de octubre de 2020, cuando ya se estaba tramitando el conflicto de acceso, una nueva SCA en contra de la instrucción de REE.
- (314) Aunque la actuación de REE hubiera podido enmendar en algún momento la situación, ello no es óbice para sostener que LUMINORA abusó de su posición de privilegio como IUN, favoreciendo el acceso al nudo de instalaciones propias al tiempo que obstruía el acceso de las instalaciones del promotor competidor SHARK POWER.

5.4.3.5. Conclusión

- (315) **LUMINORA obvió una aplicación normal de la competencia, basada en los méritos de cada empresa competidora, no solo realizando una**

discriminación en la configuración de las SCA para el acceso a un nudo de la red de transporte, sino que aprovechó la posición privilegiada que le otorgaba su condición de IUN para **excluir a competidores cuyas solicitudes eran anteriores a las suyas**. Como IUN, LUMINORA alteró el procedimiento de configuración y presentación de las SCA que debía remitir a REE, para **favorecer** las suyas y **excluir** las de sus competidores, incumpliendo con ello, los principios de **igualdad, transparencia y no discriminación** que incumbe a todo IUN en la realización de sus funciones.

- (316) En el presente caso, la posición de dominio que la designación como IUN atribuye a LUMINORA al amparo de la normativa aplicable, debía implicar la **especial responsabilidad** de la empresa dominante de garantizar, no sólo una tramitación de las solicitudes de forma conjunta y coordinada, de acuerdo con su prelación temporal, sino también que dicha tramitación se llevara de forma transparente, igualitaria y no discriminatoria, máxime cuando, como ha señalado la Dirección de Energía de la CNMC: *“el acceso de terceros a la red es una pieza fundamental para conseguir que la generación eléctrica sea realmente una actividad libre y no reglada”* y que dicho acceso *“está articulado sobre el principio de no discriminación entre solicitantes”*. La no discriminación se garantiza, en primer lugar, por la obligación del gestor de la red de disponer de la correcta información para que se pueda acceder a las redes... *“igual para todos y no ha de generar asimetrías”*²³⁷.
- (317) De nuevo la **especial responsabilidad** que recaía sobre LUMINORA que fue designado IUN en el nudo FAUSITA 400 kV, a iniciativa propia, conllevaba, como tramitador necesario y representante de todos los solicitantes ante REE, el compromiso de llevar a cabo no sólo la tramitación de dichas solicitudes de forma conjunta y coordinada, de acuerdo con el orden prelación temporal, sino que dicha tramitación tenía que hacerse en condiciones de igualdad y no discriminación.
- (318) Este tratamiento discriminatorio de las solicitudes de SHARK POWER por parte de LUMINORA no sólo no respondía a ninguna justificación objetiva²³⁸, sino que tuvo capacidad suficiente para generar un impacto significativo en su posición competitiva, con la expulsión de los proyectos de SHARK POWER que tenían que competir con LUMINORA por la capacidad disponible en el nudo FAUSITA 400kV.
- (319) En conclusión y a la vista de lo señalado hasta ahora, esta Sala estima acreditado que **LUMINORA abusó de su posición de dominio como IUN en el nudo FAUSITA 400 kV, desde el 28 de julio de 2020 cuando presentó la**

²³⁷ Informe de fecha 4 de noviembre de 2019, remitido por la Dirección de Energía a petición de la Dirección de Competencia en el expediente S/0022/20 ENEL GREEN POWER ESPAÑA e incorporado al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 1240 a 1251).

²³⁸ Véase de nuevo la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20: *“Un IUN no es ni puede ser, en ningún caso, el que decida posponer una solicitud claramente anterior, que es lo que LUMINORA está realizando en el presente caso”*.

primera SCA únicamente con sus instalaciones, hasta la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria del conflicto de acceso de 8 de julio de 2021, evitando incluir en las SCA que presentó ante REE las solicitudes de terceros promotores y competidores (concretamente, SHARK POWER) anteriores a las suyas.

5.4.4. Efectos en el mercado

5.4.4.1. Principios generales

- (320) De conformidad con la jurisprudencia consolidada, y con la práctica de esta CNMC²³⁹, la valoración de una infracción del artículo 2 de la LDC no requiere la demostración de que la práctica llevada a cabo por la empresa en cuestión haya causado un efecto real en el mercado, sino que basta con demostrar que ese efecto sea posible o potencial.
- (321) La sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 estableció que *“a fin de demostrar el carácter abusivo de tal práctica, tiene que existir su efecto contrario a la competencia en el mercado, pero éste no tiene que ser necesariamente concreto, siendo suficiente que se demuestre un posible efecto contrario a la competencia que sea de naturaleza tal que expulse a los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentre en una posición dominante”*²⁴⁰.
- (322) La sentencia del TGUE de 29 de marzo de 2012 incide en tal consideración, al señalar que *“el efecto al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto de la conducta abusiva denunciada. **Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto** (sentencias del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II4071, apartado 239; de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T219/99, Rec. p. II-5917, apartado 293, y Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 supra, apartado 867)”*²⁴¹ (énfasis añadido).
- (323) Más recientemente, la Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2023 C-680/20 en el asunto Unilever ha afirmado: *“Ciertamente, para constatar el carácter abusivo de un comportamiento, **una autoridad de competencia no tiene que demostrar necesariamente que dicho comportamiento produjo realmente***

²³⁹ Resolución del Consejo de 21 de noviembre de 2017 en el marco del Expediente S/DC/0580/16 Criadores de Caballos 2.

²⁴⁰ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011, en el asunto C-52/09 TeliaSonera (ECLI:EU:C:2011:83).

²⁴¹ Sentencia del TGUE de 29 de marzo de 2012, en el asunto T-336/07 Telefónica S.A. (ECLI:EU:T:2012:172).

efectos contrarios a la competencia. En verdad, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, **con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no** (sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C 377/20, EU:C:2022:379, apartado 53 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, **una autoridad de competencia puede declarar la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE constatando que, durante el período en el que se llevó a cabo el comportamiento en cuestión, este tenía, en las circunstancias del caso concreto, la capacidad de restringir la competencia basada en los méritos a pesar de su falta de efecto** (énfasis añadido)²⁴².

- (324) En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia nacional en numerosas ocasiones, en relación con la infracción del artículo 2 de la LDC, señalando que “*el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma*”²⁴³.

5.4.4.2. Aplicación al caso

- (325) El comportamiento de LUMINORA, en su condición de IUN, tuvo la capacidad y aptitud de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos reales de expulsión de los terceros promotores en el acceso al nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte. Tanto es así que los efectos de expulsión se produjeron efectivamente, para SHARK POWER al quedar excluida de las sucesivas SCA que presentó LUMINORA a REE.
- (326) Lo anterior, sin perjuicio de que, como consecuencia de la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 se obligase al IUN a presentar una nueva solicitud conjunta ante REE, que tuviera en cuenta tanto sus solicitudes como las de SHARK POWER injustificadamente excluidas, para proceder al reparto de la capacidad disponible.
- (327) LUMINORA rechaza este extremo alegando la ausencia de efectos en el mercado²⁴⁴. Sostiene que no tenía capacidad de producir efectos reales de expulsión de terceros promotores en el mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica a través del nudo FAUSITA 400kV, ni, por tanto, de afectar al mercado conexo de generación, cuando la decisión de autorizar o denegar el acceso recae exclusivamente en REE, que rechazó todas las SCA presentadas por LUMINORA. Según LUMINORA, los hechos

²⁴² Sentencia de Tribunal de Justicia de la UE de 19 de enero de 2023 C-680/20 Unilever Italia Mkt. Operations, párrafo 41 (ECLI:EU:C: 2023:33).

²⁴³ Entre otras, Sentencia de 28 de febrero de 2014 de la Audiencia Nacional Recurso 39/2013.

²⁴⁴ Párrafos 290 a 313 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

habrían demostrado que REE no iba a aceptar la propuesta de SCA de LUMINORA sin las instalaciones de SHARK POWER al incluirse las mismas en el perímetro de referencia definido por el propio gestor de la red.

- (328) Como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia nacional y de la UE ha determinado que, a fin de demostrar el carácter abusivo de una determinada práctica, debe identificarse un efecto contrario a la competencia en el mercado, pero éste no tiene que ser necesariamente concreto, siendo suficiente que se demuestre un posible efecto contrario a la competencia que sea de naturaleza tal que expulse a los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante.
- (329) En este sentido, el comportamiento de LUMINORA, en su condición de IUN, tuvo la capacidad real y potencial de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos concretos de impedir, paralizar o retrasar el acceso y conexión de los proyectos de terceros promotores a la red de transporte a través del nudo FAUSITA 400 kV, al no tramitar las solicitudes individuales de acceso y conexión de SHARK POWER hasta en tres ocasiones, dejándoles potencialmente sin capacidad en dicho nudo. De esta manera, dichas solicitudes individuales no hubiesen tenido nunca la posibilidad real de acceder y conectarse a la red de transporte de energía eléctrica ante la actuación continuada del IUN de no incluirlas en las SCA presentadas ante el operador del sistema.
- (330) Respecto al beneficio ilícito potencial derivado de la infracción, este está, en el caso analizado, íntimamente relacionado con los efectos de la conducta sobre los operadores competidores, al ser LUMINORA la empresa que habría obtenido los beneficios derivados de la generación de energía eléctrica vertida a través de dicho nudo de la red de transporte, en lugar de SHARK POWER si no hubiera mediado la interposición de un conflicto de acceso ante la SSR de la CNMC.
- (331) Por tanto, LUMINORA valiéndose de su condición de IUN en el nudo FAUSITA 400 kV de la red de transporte de energía eléctrica y en el ejercicio de los derechos especiales que la normativa sectorial concede a dicha figura, alteró el juego de la libre competencia basado en los méritos, aplicando indebidamente el principio **de prelación temporal** de las solicitudes individuales de acceso a la hora de configurar y presentar ante REE una SCA obstaculizando de forma no ya solo potencial, sino efectiva, el derecho de acceso de terceros competidores.

5.4.5. Calificación de la infracción

- (332) El artículo 62.4. b) de la LDC, en su versión anterior a la modificación operada por el Real Decreto-Ley 7/2021²⁴⁵, calificaba como muy grave una práctica de abuso de posición de dominio que podríamos denominar como “*cualificado*” por concurrir alguna de estas tres causas:
- La empresa dominante opera en un mercado recientemente liberalizado;
 - La empresa dominante presenta una cuota de mercado próxima al monopolio, o
 - La empresa dominante disfruta de derechos especiales o exclusivos.
- (333) La actual versión del artículo 62.4 de la LDC, en vigor desde el 29 de abril de 2021, califica de muy grave cualquier abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de esta ley.
- (334) En el presente caso, tal y como se ha venido explicando, la figura del IUN fue dotada de derechos especiales por el Anexo XV del Real Decreto 413/2014, como tramitador necesario del acceso a un nudo dado de la red de transporte de energía eléctrica. La designación como IUN, que solicitó la propia LUMINORA, confirió a dicha empresa el ejercicio y disfrute de unos prerrogativas especiales consistentes en la **tramitación ante REE de forma conjunta y coordinada de las solicitudes de acceso individuales recibidas**; y la actuación **como representante de los promotores que compartiesen el mismo punto de acceso**²⁴⁶.
- (335) Por tanto, las conductas descritas se enmarcarían en un escenario en el que LUMINORA se aprovechó de los derechos exclusivos que le confería su condición de IUN en el nudo afectado, lo que conlleva la tipificación del abuso de posición de dominio cometido como una infracción contraria al artículo 2 de la LDC y calificada como muy grave en virtud del artículo 62.4.b) de la LDC.

²⁴⁵ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2021.

²⁴⁶ Al respecto de la Disposición Adicional XV del Real Decreto 413/2014 se deducen dos claras atribuciones normativas del IUN, a saber, y en relación con sus atribuciones, la Resolución de la SSR de fecha 22 de julio de 2020 en el conflicto de acceso CFT/DE/114/19 afirmó que en dicha regulación se incluye la obligación del IUN de actuar en representación de los promotores, lo cual conlleva, al menos, y de acuerdo a la aplicabilidad de los principios generales del derecho, el deber del IUN de actuar “*bajo las exigencias de la buena fe y sin incurrir en abuso de derecho*”.

5.4.6. Responsabilidad y culpabilidad

5.4.6.1. Principios generales

- (336) En el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor²⁴⁷. Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada. En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la culpabilidad en el ámbito de aplicación de la LDC debe tener en cuenta las particularidades lógicas que implica el concepto de persona jurídica:²⁴⁸

“En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. [...] esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. [...] ese principio [de culpabilidad] se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas [...]”.

- (337) El artículo 61 de la LDC establece que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la LDC. En su apartado segundo se indica que “(...) la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.
- (338) La anterior doctrina ha sido confirmada entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 23 de octubre de 2008, Sogecable (Recurso 559/2007) que reitera los principios sentados en la materia por la jurisprudencia de la UE²⁴⁹ en virtud de los que la imputación a la matriz de la conducta contraria a la competencia de una sociedad filial viene motivada por el criterio de unidad económica.

²⁴⁷ Por todas, la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

²⁴⁸ Sentencia del TS, de 22 de mayo de 2015, recurso 95/2014 (ECLI:ES:TS:2015:2194).

²⁴⁹ SSTJUE de 25 de noviembre de 1971, Beguelin; de 14 de julio de 1972 (ECLI:EU:C:1971:113), ACNA y otros AS; de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents, de 21 de noviembre 1973, Europemballage y Continental Can; de 31 de octubre de 1974, Centrafarm de 4 de mayo de 1988, Bodsom, de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, y de 8 de octubre de 2008, Schunk GmbH y Schunk Kohlenstoff- Technik GmbH.

- (339) En este sentido, reiterada jurisprudencia del TJUE ha señalado en diferentes ocasiones que:

“Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (...) teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (...).

*En tal situación, **la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por tanto, integran una única empresa (...).***

En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital de su filial que ha infringido las normas de Derecho comunitario (...) existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial.

En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial”²⁵⁰.

- (340) En relación con dicho control, el artículo 7.2 de la LDC señala que el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante, derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa y contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa, indicando también que, en todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- (341) Lo anterior ha sido reiterado mediante numerosas resoluciones tanto del TDC²⁵¹ como de la CNC²⁵², estableciendo a estos efectos que el criterio relevante es la existencia del control, es decir, la posibilidad de que se pueda ejercer una influencia decisiva sobre la filial con independencia del medio utilizado, incluso en los supuestos en que dicho control no se haya ejercido efectivamente.
- (342) Asimismo, y de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del TJUE, no sólo se admite la presunción iuris tantum de que la empresa matriz ejerce un control

²⁵⁰ Véase la STJUE de 10 de septiembre de 2009, en el asunto C-97/08 Akzo Nobel (ECLI:EU:C:2009:536); STJUE de 20 de enero de 2011 en el asunto C-90/09 Repsol

²⁵¹ Resoluciones del TDC de 6 de julio de 2000, Expte. 464/99 Aseguradoras médicas Vizcaya; de 18 de abril de 2001, 487/00 Radio Fórmula, de 13 de febrero de 2003, 549/02 Cementeras Puerto Bilbao; de 1 de marzo de 2007, 610/06 Tarjetas Prepago Telefónica y de 16 de junio de 2005 Gas natural.

²⁵² Resoluciones de la CNC de 8 de septiembre de 2020 Navieras Línea Cabotaje Ceuta- Algeciras (Expte. S/008008); de 21 de enero de 2010 Fabricantes de Geles (Expte. S/0084/08); de 2 de marzo de 2011 Peluquería Profesional (Expte S/0086/08) y 26 de enero de 2010 Abertis/ Tradia (Expte. SNC/003/09).

decisivo sobre su filial cuando ostenta el 100% del capital social, sino que incluso un inversor financiero puede ejercer dicho control si ostenta el 100% de los derechos de voto, aun cuando no posea el 100% del capital social durante el periodo de infracción considerado²⁵³.

- (343) En tales casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción, aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.

5.4.6.2. Aplicación al caso

- (344) Teniendo en cuenta los hechos anteriormente acreditados, se considera que las conductas anticompetitivas descritas son imputables a LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. y solidariamente, su matriz SOLTEC DEVELOPMENT, S.A. (anteriormente denominada POWERIS, S.A.), por su participación en una infracción muy grave constitutiva de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 2 de la LDC, consistente en el tratamiento discriminatorio de las solicitudes de acceso a la red del nudo de FAUSITA 400 kV en su condición de IUN en dicho nudo, en beneficio de los proyectos de su grupo empresarial y expulsando los proyectos de terceros competidores.
- (345) En cuanto a la **duración de la infracción**, se entiende que **el inicio viene marcado por la fecha de presentación de la SCA1, el 28 de julio de 2020** (un día después de su designación como IUN), que incluía solo sus instalaciones, aprovechando el desconocimiento del resto de promotores de dicha designación, que fue publicada por REE tres días más tarde (el 30 de julio de 2020).
- (346) Así, **la conducta abusiva se mantuvo hasta la adopción de la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC de 8 de julio de 2021**²⁵⁴, mediante la que se impuso la obligación a LUMINORA, de presentar una solicitud de acceso conjunta y coordinada que incluyera las instalaciones de LUMINORA, así como las de SHARK POWER, como única vía para garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio a la capacidad del nudo de la red de transporte.

²⁵³ STJUE de 27 de enero de 2021, asunto C-595/18 P, THE GOLDMAN SACHS GROUP INC (ECLI:EU:C:2021:73). Y en el mismo sentido previamente Sentencias del TPI de 15 de junio de 2005, asunto T-71/03, Tokai Carbon and Others/Comisión Europea; en el asunto T-30/05 Prym Consumer/Comisión, de 12 de septiembre de 2007; de 12 de diciembre de 2007 en el asunto T-112/05, Akzo Nobel y otros/Comisión; de 18 de diciembre de 2008 en el asunto T-85/06, General Química/Comisión; del TJUE en el asunto C-97/08P Akzo Nobel NV y otros/Comisión; conclusiones del Abogado General Kokott de 23 de abril de 2009; del TJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08, (asunto T-112/05; de 30 de septiembre de 2009 del TPI en los asuntos C-520/09 P Arkema SA/Comisión y C-521/09 P Elf Aquitaine/Comisión; del TGUE de 16 de junio de 2011 en el asunto T-196/06 y del TJUE de 29 de septiembre de 2011, C-521/09 P.

²⁵⁴ Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC de 8 de julio de 2021, en el expediente CFT/DE/134/20 (folios 541 a 557).

- (347) LUMINORA rechaza que proceda situar la fecha de terminación de la conducta el 8 de julio de 2021, correspondiente a la resolución del conflicto de acceso²⁵⁵. Alega, a este respecto, que el procedimiento de acceso ante REE se suspendió desde el momento en que la CNMC admitió a trámite el conflicto de acceso, el 5 de octubre de 2020. LUMINORA fue informada de esta suspensión por SHARK POWER el 15 de octubre de 2020²⁵⁶, siendo posteriormente confirmada por REE dicha suspensión mediante comunicación de 20 de octubre de 2020 (como se indica anteriormente en el párrafo (168))²⁵⁷. Subraya adicionalmente la empresa imputada que el 18 de septiembre de 2020, REE ya rechazó la SCA1 e indicó tanto a LUMINORA como a SHARK POWER que sus solicitudes debían tramitarse conjuntamente a través de una SCA (tal y como se refleja en el párrafo (152)).
- (348) Esta Sala no puede acoger el planteamiento de LUMINORA. La finalización de la conducta infractora no se produjo hasta la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 pues, solo entonces, se pone fin a la exclusión de SHARK POWER cuyas solicitudes no fueron tramitadas adecuadamente por LUMINORA como IUN. La conducta anticompetitiva de LUMINORA seguía desplegando sus efectos, al mantener ésta la negativa de incluir los proyectos de SHARK POWER en contra del criterio de REE, situación que la propia LUMINORA estuvo en medida de reconducir en todo momento.
- (349) En cuanto a la responsabilidad de SOLTEC, se considera que LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. y su matriz SOLTEC DEVELOPMENT, S.A., constituyen una única unidad económica dado el porcentaje de participación de la empresa matriz en el capital social de la filial del 100%. Cabe por tanto aplicar la presunción, no rebatida por las imputadas, según la cual SOLTEC ejerce, o cuando menos tiene la aptitud para ejercer una influencia decisiva sobre LUMINORA, determinando las principales decisiones comerciales y estratégicas que esta pudiese adoptar según las instrucciones impartidas²⁵⁸.
- (350) Además de la referida participación, por parte de SOLTEC, en el 100% del capital de LUMINORA, cabe destacar la existencia de vínculos personales entre las dos entidades que refuerzan su consideración como una única unidad económica pues el director general de la matriz SOLTEC DEVELOPMENT, S.A., es también el Administrador único de LUMINORA SOLAR DOCE, S.L.

²⁵⁵ Párrafos 411 a 414 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (

²⁵⁶ Correo electrónico de 5 de octubre de 2020, enviado por SHARK POWER a LUMINORA y REE Asunto: RE: Consideraciones posteriores tras la identificación del IUN_FAUSITA 400 kV_perímetro referencia 27jul20_18sep20 (folios 394 y 395).

²⁵⁷ Correo electrónico de REE a LUMINORA de 20 de octubre de 2020, Asunto: RE: Comunicación relativa a su solicitud realizada por LUMINORA SOLAR DOCE S.L., en el nudo FAUSITA 400 kV. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folio 535).

²⁵⁸ Información disponible en la base de datos Informa, e incorporada al expediente de referencia (folios 1039 a 1068).

Asimismo, la Directora de desarrollo de Negocio de la matriz es la persona responsable de realizar de las funciones de IUN atribuidas a LUMINORA. Por otro lado, en los informes comerciales de las empresas LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. y SOLTEC DEVELOPMENT, S.A., consta la misma sede social²⁵⁹.

- (351) Por tanto, la conducta anticompetitiva objeto del presente expediente es imputable a LUMINORA y de forma solidaria a su matriz SOLTEC siendo ambas responsables de una infracción muy grave constitutiva de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 2 de la LDC.

5.4.7. Respuestas a alegaciones no abordadas previamente

5.4.7.1. Sobre las referencias a la resolución del conflicto de acceso CFT/DE/134/20

- (352) LUMINORA reprocha en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que, a la hora de determinar los hechos probados, la DC partiese de los hechos que se recogen en la resolución de la CNMC de 8 de julio de 2021 en el conflicto de acceso CFT/DE/134/20²⁶⁰ y haya tenido en cuenta, para valorarlos jurídicamente, apreciaciones relativas a la conducta del IUN realizadas por la SSR.
- (353) De acuerdo con la empresa imputada, ello resultaría inadmisibles, en la medida en que la CNMC estaría omitiendo el debido análisis del asunto en el uso de potestad sancionadora, al extraer, con carácter absoluto, hechos y valoraciones del conflicto de acceso de una forma que no es automáticamente trasladable a un expediente sancionador por infracción del Derecho de la Competencia.
- (354) Para respaldar su postura, LUMINORA invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2021 (recurso 1070/2021), en la que el alto tribunal afirma que el hecho de que una resolución administrativa adquiera firmeza (como es el caso de la resolución de la SSR en el CFT/DE/134/20, al no haber sido recurrida), no obliga a suponer el acierto de su contenido ni determina que deba ser considerado como presupuesto intangible de un acto posterior en el que se ejerce una potestad administrativa distinta.
- (355) Procede contestar a lo anterior que, el haber partido de los hechos probados del conflicto de acceso CFT/DE/134/20, no implica que tales hechos se hayan considerado como inamovibles, ni mucho menos, que no se haya llevado a cabo una valoración independiente de los mismos a la luz del del Derecho de la competencia. Aun pese a que no recurrió la resolución del conflicto de acceso, refutando las conclusiones de la SSR en cuanto a las irregularidades

²⁵⁹ Contestación de 29 de julio de 2021 de LUMINORA a requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folios 12 a 32).

²⁶⁰ Véanse, entre otros, los párrafos 4 a 12 de las Alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

incurridas en el ejercicio de la función de IUN del nudo FAUSITA 400 Kv, LUMINORA ha podido formular alegaciones al PCH y cuestionar los presupuestos fácticos objeto de valoración en el presente expediente. Tales alegaciones fueron contestadas por la DC en la Propuesta de Resolución a la que LUMINORA también ha podido responder.

- (356) Tampoco es cierto que se haya extrapolado la valoración jurídica de la resolución del conflicto de acceso al presente procedimiento sancionador, dado que la SSR no se pronuncia ni sobre la existencia de una posición de dominio por parte de LUMINORA, ni sobre si esta sociedad ha abusado de la misma en el sentido del artículo 2 LDC al actuar como IUN. Se ha realizado, en el marco del presente expediente, una valoración autónoma de los referidos hechos desde el prisma de la normativa de defensa de la competencia (párrafos (181) a (351)).
- (357) Lo que lógicamente no puede obviarse, de cara a establecer la concurrencia de elementos como la discriminación, esenciales para determinar la existencia de un abuso de posición de dominio, son las apreciaciones de la SSR en cuanto a al ejercicio de las funciones de IUN desde desde una perspectiva regulatoria. La SSR es, en efecto, no ya solo el órgano mejor situado para realizar tales apreciaciones, sino el único facultado para pronunciarse sobre esta cuestión y, en particular, sobre si el IUN tramitó de forma inadecuada las solicitudes del resto de operadores, realizando actuaciones que no le correspondían, de acuerdo con la normativa del sector eléctrico. Lo anterior, sin perjuicio, de que, de nuevo, se haya dado a LUMINORA, en el marco del presente expediente sancionador, la posibilidad de pronunciarse sobre tales apreciaciones.
- (358) Conviene remitirse, a este respecto, a lo indicado en la propia Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 en el conflicto de acceso CFT/DE/134/20 en cuanto a que: (i) “[e]**I objeto del presente procedimiento en última instancia radica en evaluar si las solicitudes de acceso individuales presentadas por SHARK POWER en fecha 3 de junio y 20 de julio de 2020 debieron incluirse en la primera solicitud coordinada de acceso o si, por el contrario, es correcta la actuación de LUMINORA, en su condición de IUN de Fausita 400kV, al excluirlas de la solicitud coordinada**” y a que **“corresponde en exclusiva a esta Comisión en vía de conflicto analizar si la tramitación conjunta o no de una serie de instalaciones responde a criterios de razonabilidad, impidiendo en cualquier caso una discriminación efectiva de los solicitantes en su derecho a que se les tramite y responda de su solicitud en atención al orden en que se han presentado, con independencia de que la actuación de REE sea ajustada a Derecho”** (énfasis añadido).

5.4.7.2. Sobre la pretendida ausencia de culpabilidad

(359) LUMINORA rechaza que concorra el elemento subjetivo del artículo 2 LDC atendiendo a una pretendida “ausencia absoluta de culpabilidad” por su parte²⁶¹ sobre la base de.:

- “una normativa poco clara, confusa y que generaba conflictividad” y “hace casi imposible realizar las tareas encomendadas sin que los promotores no designados IUN sientan recelos por la existencia de potenciales intereses propios del IUN”, así como
- una actuación de buena fe de LUMINORA que se habría caracterizado por “un seguimiento por su parte de todas las guías de actuación y de procedimiento de REE que exigen que todas las solicitudes deban incluir toda la documentación necesaria”²⁶².

(360) Esta Sala no comparte el planteamiento de LUMINORA. La ausencia de concreción normativa sobre determinadas cuestiones relativas al ejercicio de las funciones del IUN no puede invocarse como una suerte de carta blanca, por quien ocupa esa posición, para infringir impunemente el Derecho de la competencia prevaliéndose de su posición de intermediario necesario entre los promotores y REE a fin de impedir, obstaculizar o retrasar la remisión, al gestor de la red, de las solicitudes de acceso del resto de promotores que compiten por la capacidad del nudo.

(361) Conviene referirse, a este respecto, a la Sentencia firme de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2013 (recurso 6179/2011) en la que se estableció que, para aceptar la confusión normativa como criterio para valorar la ausencia de culpabilidad, era necesario contar con una activa participación de la Administración competente, así como con una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables:

“Resulta en consecuencia que no solo el contexto normativo inducía a error, sino que la activa participación de la Administración y a la vista de los concretos hechos probados en este expediente administrativo pudo llevar a la conclusión de que su actuación era conforme a derecho. En este sentido, partiendo de la base de que no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones administrativas y de que la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables, la suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a ASEVI-ASAJA dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la

²⁶¹ Párrafos 314 a 328 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

²⁶² Párrafos 47 y siguientes y 315 y 316 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

comisión de la infracción, con la consecuencia de que no procede imponer sanción alguna”²⁶³.

- (362) Tal y como ya se ha indicado (párrafos (86) a (94)), sin perjuicio de ciertas deficiencias e imprecisiones, el contenido esencial de las funciones del IUN sí resulta claro: tramitar de forma conjunta y coordinada las solicitudes de acceso respetando el criterio de prelación temporal, que se traduce en el perímetro de referencia y los principios de igualdad, transparencia y no discriminación.
- (363) Pues bien, ha quedado acreditado que LUMINORA incumplió dichos principios básicos. No respetó el perímetro de referencia fijado por el operador del sistema (134) y llevó a cabo actuaciones que corresponden exclusivamente a este último, para excluir, de forma reiterada, a las instalaciones de SHARK POWER de las SCAs presentadas. Lo anterior, a fin de garantizar el acceso de sus propias instalaciones al nudo FAUSITA 400 kV, antes de ver agotada su capacidad. En el marco de dicha actuación, LUMINORA llegó incluso a ignorar, conscientemente, el requerimiento expreso de REE el 18 de septiembre de 2020 antes de la segunda SCA (párrafo (152)). Todo ello impidió al operador del sistema poder valorar correctamente, y en un plazo razonable, la totalidad de las solicitudes presentadas. Conviene recordar, a este respecto que fue la propia LUMINORA la que solicitó su designación como IUN para presentar la solicitud de sus plantas, a la mayor brevedad, sin esperar si quiera a que su nombramiento se hiciese público.
- (364) No puede considerarse, por otro lado, que la actuación de la Administración incitase a LUMINORA a incurrir en la conducta abusiva. Antes, al contrario, incluso antes de plantearse el conflicto de acceso, el operador del sistema trató de reconducir la situación, sin éxito, ante la negativa de LUMINORA a plegarse a sus instrucciones. REE notificó a la DGEAIM del Gobierno de Murcia un perímetro de referencia concreto, (párrafo (134)) y emplazó a LUMINORA en su condición de IUN en el nudo FAUSITA 400 kV a la inclusión, en las SCAs, de las instalaciones de SHARK POWER, competidor de LUMINORA por la capacidad del nudo de acceso a la red de transporte (párrafo (152)).
- (365) En definitiva, no cabe entender que existiera, ni una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables por parte de LUMINORA, ni una activa participación de la Administración competente –REE en este caso– que pudieran respaldar su actuación. Ante la ausencia de dichos requisitos, no puede considerarse acreditada la existencia de una confusión normativa que permita descartar la culpabilidad de LUMINORA en la comisión de las conductas imputadas.

²⁶³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2013 (Recurso 6179/2011) en el expediente S/0167/09 PRODUCTORES DE UVAS Y VINOS DE JEREZ (ECLI:ES:AN:2013:1487).

5.4.7.3. Sobre la inexistencia de abuso por la pretendida incompatibilidad de la figura del IUN con el Derecho de la UE

- (366) Según mantiene LUMINORA en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, la figura del IUN sería contraria al Derecho de la Unión Europea, lo que impediría imputarle una infracción de las normas de competencia por su actuación como IUN del nudo FAUSITA 400 kV²⁶⁴.
- (367) Sostiene concretamente LUMINORA que la medida estatal por la que se implantó la figura del IUN contraviene el artículo 106 del TFUE, que prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener medidas respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, que resulten contrarias a las normas de los Tratados y en particular al artículo 102 del TFUE relativo al abuso de posición de dominio.
- (368) Según la interpretación que lleva a cabo LUMINORA de la jurisprudencia de la Unión relativa al artículo 106 del TFUE –en particular de la sentencia del TJUE dictada en el asunto C-49/07 MOTOE–, la incompatibilidad del IUN y su normativa con el artículo 106 del TFUE vendría dada por el hecho de que la doble condición de tramitador necesario de las solicitudes de acceso y promotor de instalaciones que aspiran a copar parte de la capacidad finita de nudo coloca al IUN en una situación de conflicto de interés que le empuja a abusar de su posición de dominio. No cabría, por tanto, según LUMINORA, imputarle una infracción del artículo 2 de LDC pues cualquier abuso cometido por un IUN sería, en última instancia, achacable al Estado español como autor de la regulación que establece y regula esta figura en vulneración del Derecho de la Unión.
- (369) Este planteamiento no se sostiene por distintos motivos. En primer lugar, sin perjuicio de las lagunas de las que pueda adolecer la regulación del IUN, la normativa en la que se integra dicha regulación exige un trato no discriminatorio de las solicitudes de acceso a los nudos de conexión de modo que se garantice el derecho de acceso a la red de transporte de electricidad en igualdad de condiciones (párrafos (37) a (50)). Dicha exigencia de no discriminación no es puramente formal, sino que se articulan mecanismos concretos para salvaguardarla, como la intervención del gestor de la red, que decide, en última instancia, sobre la concesión del acceso, así como la posibilidad de plantear, en su caso, un conflicto de acceso ante la SSR de la CNMC.
- (370) Debemos subrayar, por otro lado, que, en el presente caso, la obstaculización de la competencia por el acceso a la capacidad del nudo no resultó de la regulación del IUN, sino de la concreta conducta de LUMINORA que se excedió

²⁶⁴ Párrafos 329 a 384 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

en el ejercicio de las prerrogativas del IUN, contraviniendo el contenido esencial de sus funciones que sí resulta claro (párrafos (93) y (94)).

- (371) LUMINORA no puede sostener que la regulación del IUN la empujara a excluir sistemáticamente las instalaciones de SHARK POWER de las solicitudes coordinadas, incluso en contra de las instrucciones de REE. Como se indica en la Resolución de la SSR 8 de julio de 2021²⁶⁵: *“Un IUN no es ni puede ser, en ningún caso, el que decida posponer una solicitud claramente anterior que es lo que LUMINORA está realizando en el presente caso”*. La realidad, de hecho, es que, si bien en algunos supuestos excepcionales (como se refleja en el presente asunto o en el expediente ENEL GREEN precitado) el IUN ha podido prevalerse de sus atribuciones para discriminar a otros promotores y favorecer el acceso de sus propias instalaciones a la red, en la inmensa mayoría de los casos en los que ha intervenido esta figura, el IUN ha desempeñado sus funciones de buena fe sin incurrir en prácticas discriminatorias que dieran lugar al planteamiento de un conflicto de acceso. Tampoco resulta determinante, en este sentido, que las lagunas en la regulación puedan conducir a generar recelos entre el resto de los promotores que pretenden obtener acceso a un determinado nudo, en cuanto a cómo el IUN ejerce sus funciones²⁶⁶. No se valoran los recelos del resto de promotores de cara a establecer la práctica abusiva sino la concreta actuación de LUMINORA.
- (372) En cualquier caso, ni el IUN ni la normativa española que establece su creación y regulación han sido calificados como contrarios al artículo 106 del TFUE por la Comisión Europea o el TJUE, únicas autoridades que pueden declarar la infracción de dicha disposición por parte de un Estado Miembro. De hecho, la figura del IUN tampoco ha sido derogada por considerarse contraria a la legislación española. Si bien, a día de hoy, se ha eliminado la obligación de designar un IUN entre los promotores de instalaciones que aspiran a acceder a un mismo nudo de la red de transporte, aquellos IUN que fueron nombrados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1183/2020, siguen ejerciendo sus funciones. La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto en cuestión establece, en este sentido, que: ***“1. Los interlocutores únicos de nudo que hayan sido designados antes de la entrada en vigor de este real decreto, en virtud de lo previsto en el anexo XV del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, seguirán ejerciendo sus funciones en relación con los procedimientos de acceso y conexión que hubiesen sido iniciados antes de dicha entrada en vigor”***.

²⁶⁵ Véase la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, del conflicto de acceso CFT/DE/134/20.

²⁶⁶ Párrafos 47 a 60 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

5.4.7.4. Solicitud de vista oral

- (373) En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, LUMINORA ha solicitado la celebración de la vista oral ante el Consejo prevista en el artículo 51.3 de la LDC.
- (374) Al respecto, cabe señalar que la vista oral se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar “*cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente*” (art. 19.1 RDC). Esta Sala, teniendo en cuenta el carácter potestativo de la vista oral y la rotundidad de los hechos acreditados, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión.

5.4.7.5. Solicitud de práctica de prueba

- (375) En sus alegaciones al PCH LUMINORA, conforme al artículo 50.3 LDC, propuso las siguientes pruebas que fueron incorporadas al expediente:
- (i) Documento anexo 1 a las alegaciones de LUMINORA al PCH, correspondiente al Anexo 4 de la Resolución de 11 de febrero de 2005 en el que se indica la información a incluir en la solicitud de acceso a la red de transporte para instalaciones de red de distribución y consumo (folios 1442 a 1445 del expediente).
 - (ii) Documento anexo 2 de las alegaciones de LUMINORA al PCH correspondiente a un intercambio de correos entre LUMINORA y SHARK POWER entre el 20 y el 22 de julio de 2022 en relación con la entrega de documentación para la presentación de una solicitud coordinada en cumplimiento de la resolución del conflicto de acceso CFT/DE/134/20 (folios 1446 y 1447 del expediente).
- (376) Según LUMINORA, dichos anexos a sus alegaciones al PCH demostrarían que un IUN sí podía legítimamente excluir una solicitud de una SCA en caso de que el operador solicitante no aportase la información necesaria para completarla, tal y como habría sucedido con SHARK POWER, por lo que su actuación como IUN resultó conforme a Derecho, no pudiendo atribuírsele un abuso de posición de dominio contrario al artículo 2 de la LDC. La empresa imputada reprocha que la DC no habría tenido, en cuenta en la Propuesta de Resolución, estos documentos que califica como prueba descargo²⁶⁷.
- (377) El Consejo no puede acoger la postura de LUMINORA. La DC analiza los citados documentos en los párrafos 395 a 400 de la Propuesta de Resolución

²⁶⁷ Véanse, entre otros, los párrafos 90 a 92 de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

para alcanzar una conclusión con la que esta Sala coincide plenamente: la documentación antes señalada no aporta valor añadido respecto de la información que ya obraba en el expediente, careciendo de la capacidad suficiente para desvirtuar el carácter abusivo de las conductas analizadas.

- (378) En relación con el primer documento²⁶⁸, esta Sala considera que no aporta valor añadido, dado que se refiere a los datos a incluir en las solicitudes de acceso a la red de transporte para instalaciones de red de distribución y consumo establecidos por la citada Resolución de la Secretaría General de Energía de 11 de febrero de 2005, a los que ya se ha hecho previamente referencia en el párrafo (51) . Como se analizaba en los párrafos (259) y (270) *supra*, se trata de información que corresponde vigilar o supervisar a REE y no a LUMINORA²⁶⁹. Por tanto, y al contrario de lo que pretende la empresa imputada, el documento en cuestión no desvirtúa la conclusión de que LUMINORA se excedió en sus funciones de IUN al negarse a presentar una SCA que incluyera las instalaciones comprendidas en el perímetro de referencia a 27 de julio de 2020.
- (379) Por lo que se refiere al segundo documento²⁷⁰, esta Sala coincide de nuevo con la valoración del órgano instructor en cuanto a que, el correo en cuestión, tampoco desvirtúa el análisis realizado, en relación con la infracción del artículo 2 LDC, atendiendo a la casuística del presente asunto. La remisión a LUMINORA, por parte de SHARK POWER, de la documentación técnica de su solicitud, para dar cumplimiento a la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021, en modo alguno refuta que LUMINORA se arrogase poderes que no le correspondían como IUN, al llevar a cabo solicitudes de subsanación que solo hubiese podido realizar el gestor de la red, como pretexto para omitir el envío de solicitudes que integraban el perímetro de referencia establecido por REE y que debían, por tanto, ser tramitadas de forma conjunta y coordinada por el IUN (párrafos (154) a (156) *supra*).

²⁶⁸ Documentación anexa a las alegaciones al PCH formuladas por LUMINORA (folios 1442 a 1445).

²⁶⁹ Resolución de la SSR de la CNMC de 22 de julio de 2020, CFT/DE/114/19: *“la ley fija el régimen de otorgamiento y denegación bajo criterios exclusivamente técnicos, correspondiendo su responsabilidad y ejercicio exclusivamente al operador del sistema y gestor de la red de transporte”* y que el *“IUN ha de limitarse a comprobar si la solicitud de acceso presentada cumple con los requisitos formales, entre ellos, el depósito del aval. No existe, por tanto, motivo alguno por el que el IUN pueda excluir de la tramitación conjunta y coordinada a una determinada solicitud que formalmente, como era el caso, estaba completa. Ningún IUN puede suplantar a REE emitiendo requerimientos de subsanación ajenos a cuestiones de índole formal.”*.

²⁷⁰ Documentación anexa a las alegaciones al PCH formuladas por LUMINORA (folios 1446 a 1447).

5.5. Determinación de la sanción

5.5.1. Criterios de imposición de las multas

5.5.1.1. Principios generales

- (380) En cuanto a la sanción a aplicar, las conductas investigadas se enmarcan en las prácticas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, por cuanto LUMINORA abusó de su posición de dominio, en tanto que IUN y, por tanto, tramitador necesario de las solicitudes conjuntas y coordinadas de acceso a la red del nudo de FAUSITA 400 kV, para beneficiarse como promotor y favorecer a empresas de su mismo grupo empresarial, lo que supuso la exclusión de los proyectos de otros operadores que competían en el acceso a la capacidad disponible en dicho nudo.
- (381) De ahí que se haya declarado la existencia de una infracción muy grave (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.4.b de la LDC), que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (según el art. 63.1.c de la LDC) que, en el presente caso, corresponde al año 2022.
- (382) Es necesario respetar la interpretación que hace el Tribunal Supremo del régimen sancionador de la LDC, enunciada en su sentencia de 29 de enero de 2015²⁷¹ y la aplicación de los principios de eficiencia, proporcionalidad y disuasión, igualmente de acuerdo con la jurisprudencia del TS y el TJUE.
- (383) Partiendo de estas premisas, los criterios por medio de los cuales se determinan las sanciones en nuestro ordenamiento deben respetar las exigencias del artículo 64 de la LDC, según el cual, el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:
- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
 - b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
 - c) El alcance de la infracción.
 - d) La duración de la infracción.
 - e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
 - f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción, y;
 - g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

²⁷¹ Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112). También, en idéntico sentido, sentencias del TS de 30 de enero de 2015 (rec. 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

- (384) Se procede a continuación a valorar los criterios de modulación del mencionado artículo 64 de la LDC, para la determinación del importe de la sanción a imponer a la empresa imputada en este expediente sancionador.
- (385) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC *“cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”*²⁷².
- (386) En resumen, esta Sala debe fijar la sanción a imponer valorando los criterios de la LDC en relación con los principios de eficiencia, proporcionalidad y disuasión y de acuerdo con la jurisprudencia del TS y el TJUE, teniendo en cuenta las particularidades de la infracción considerada.

5.5.1.2. Aplicación al caso

- (387) La conducta investigada corresponde a una práctica prohibida por el artículo 2 de la LDC, por la que LUMINORA y, solidariamente, su matriz SOLTEC, abusó de su posición de dominio, en tanto que IUN del nudo FAUSITA 400kV, para priorizar el acceso de sus proyectos, discriminando y expulsando los proyectos de SHARK POWER en el mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica a través de dicho nudo, desde el día 28 de julio de 2020, fecha de su designación como IUN, hasta la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 8 de julio de 2021.
- (388) En este caso, como se adelantaba, el ejercicio económico que debe tenerse en cuenta de cara a la determinación del importe de la sanción es el correspondiente al año 2022. Dado que el volumen de negocios total de la sociedad autora material de las conductas (LUMINORA) en dicho ejercicio fue de 0 euros, se tomará como referencia el obtenido por su sociedad matriz SOLTEC. De acuerdo con la información recabada, la facturación de la matriz SOLTEC DEVOLPMENT en 2022 ascendió a 12.922.394 euros²⁷³.
- (389) En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, LUMINORA rechaza que se tenga en cuenta el volumen de negocios de SOLTEC para establecer el arco sancionador sobre el que calcular la sanción a imponer²⁷⁴. Sostiene que ello no resulta conforme al artículo 63.1(c) de la LDC, pues dicha disposición se refiere

²⁷² Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P AC-Treuhand AG contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

²⁷³ Contestación de LUMINORA y SOLTEC de 18 de julio de 2023 a requerimiento de información de la Dirección de Competencia de 14 de julio relativo al volumen de negocio (folios 1460 a 1462 CONFIDENCIAL).

²⁷⁴ Párrafos 385 y siguientes de las alegaciones de LUMINORA a la Propuesta de Resolución (folios 1621 a 1685).

concretamente al volumen de negocios de la “*empresa infractora*”, que sería LUMINORA y no SOLTEC. Defiende, adicionalmente, LUMINORA que ello supondría apartarse del criterio seguido en el asunto ENEL GREEN, en el que la multa impuesta se calculó partiendo de la facturación del IUN, vulnerándose así el artículo 35.1(c) de la Ley 39/2015 y el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.

- (390) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que la comparación que lleva a cabo LUMINORA entre ambos asuntos no resulta procedente, dado que, en el expediente ENEL GREEN, la sociedad imputada por abusar de su posición de dominio, prevaleciendo de su condición de IUN, sí tuvo facturación en el año anterior a la adopción de la resolución, lo que permitió la imposición de dos multas por un importe combinado de 4,9 millones de euros. El tener en cuenta la concreta facturación de la sociedad del grupo ENEL que actuaba como IUN permitió, en aquella ocasión, imponer una sanción compatible con los principios de eficacia administrativa, proporcionalidad y disuasión. Ello no se daría en el presente caso, si se optara por la tesis mantenida por LUMINORA en sus alegaciones, pues el resultado de tomar como referencia el volumen de negocios de dicha sociedad sería la imposición de una sanción de 0 euros. En palabras del Tribunal Supremo, puede afirmarse que la facturación de LUMINORA en el año 2022 en modo alguno constituye un “*factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor [...] apto para deducir de él la intensidad de la respuesta infractora en que consiste la sanción pecuniaria*”²⁷⁵.
- (391) Debemos recordar, a este respecto, que la noción de “empresa” como sujeto infractor del Derecho de la competencia responde a un concepto autónomo, funcional y no formal, propio de esta materia, que no coincide necesariamente con la entidad jurídica autora material de la conducta infractora, sino que puede tener una dimensión mucho más amplia. Tal y como ha venido a precisar el TJUE, “*debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas*” y que “*cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción*”²⁷⁶.
- (392) Este concepto de “empresa” como sujeto infractor de la normativa de defensa de la competencia, que pivota en torno al principio de unidad económica y de unidad de decisión o de comportamiento, ha sido consagrado expresamente en

²⁷⁵ STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013, FDº Octavo (ECLI:ES:TS:2015:112).

²⁷⁶ Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, en el asunto C-97/08 P - Akzo Nobel y otros/Comisión (ECLI:EU:C:2009:536), párrafos 56 y 57 en los que se hace, asimismo, referencia a las sentencias del TJUE de 14 de diciembre de 2006, en el asunto C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, apartado 40; de 8 de julio de 1999, en el asunto C-49/92 P Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000, en el asunto C-279/98 P Cascades contra Comisión, apartado 79; y Sentencia ETI precitada, apartados 38 a 40

nuestro ordenamiento jurídico mediante la disposición adicional cuarta de la LDC. Dicha disposición, redactada sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, establece que “[a] los efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.

- (393) Atendiendo a la referida posibilidad de que una “empresa”, en el sentido del Derecho de la competencia, esté constituida por varias personas jurídicas, es doctrina consolidada que el concepto de «empresa» y, a través de este, el de «unidad económica», conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción²⁷⁷. Esta doctrina, también tiene reflejo directo en nuestra legislación, a través del artículo 61.2 de la LDC, mediante el que se establece que, a los efectos de la aplicación de dicha ley, “la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan”.
- (394) Dado que SOLTEC ostenta el 100% de las acciones de LUMINORA, sin que se haya desvirtuado la presunción de control de la primera sociedad sobre la segunda, ambas forman, necesariamente, parte de la misma “empresa” desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Resulta, por tanto, evidente que la facturación LUMINORA en 2022, correspondiente a cero euros, en modo alguno constituye –tomando nuevamente prestadas las palabras del TS– un “factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor [...] apto para deducir de él la intensidad de la respuesta infractora en que consiste la sanción pecuniaria”.
- (395) Así pues, tomar como referencia la facturación de SOLTEC para establecer el arco sancionador sobre el que debe determinarse la multa a imponer por la infracción investigada en el presente expediente, no solo resulta acorde a Derecho, sino que debe considerarse favorable a la empresa infractora, en la medida en que hubiese podido profundizarse en el perímetro de la “empresa”, añadiendo cifras de facturación de otras entidades jurídicas que formasen parte de la misma, elevándose así el referido arco sancionador.
- (396) Además de la alegación anterior, LUMINORA considera que la sanción propuesta resulta desproporcionada porque no se han tenido en cuenta las siguientes circunstancias relevantes: (i) la empresa sancionada no obtuvo beneficios ilícitos; (ii) no concurre el elemento de intencionalidad; (iii) la duración de la infracción es errónea; (iiii) no se aplicó de manera efectiva la conducta sancionada y (v) la regulación aplicable es confusa.
- (397) Los argumentos que LUMINORA plantea para solicitar una disminución de la sanción propuesta por ser esta pretendidamente desproporcionada no pueden

²⁷⁷ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, en el asunto C-882/19, SUMAL, (ECLI:EU:C:2021:800), párrafo 44.

aceptarse. Así, en primer lugar, la compañía considera que no obtuvo beneficios ilícitos derivados de su conducta, ya que no tenía la capacidad real de expulsar a sus competidores del mercado. La responsabilidad de autorizar o denegar el acceso sería exclusivamente de REE. Esta afirmación no sería correcta toda vez que REE decide cómo adjudica la capacidad en cada uno de los nudos dependiendo de las solicitudes de acceso recibidas. Si las solicitudes de acceso son modificadas para favorecer los intereses de una empresa en concreto, REE podría asignar la capacidad sin saber que está excluyendo a otras empresas del mercado. Y eso es precisamente lo que ha sucedido en este caso.

- (398) Adicionalmente, LUMINORA alega que no concurre elemento de intencionalidad y que en caso de que se considerara, no sería responsable de su conducta debido a la falta de claridad de la norma. Este planteamiento debe ser rechazado por los motivos previamente abordados para refutar la ausencia de culpabilidad (párrafos (359) a (365)).
- (399) LUMINORA considera, asimismo, que la sanción es desproporcionada por haber fijado una duración de la infracción mayor a la que correspondería. En lugar de los 11 meses considerados en la propuesta de resolución, la duración de la infracción debiera limitarse a los 84 días que van desde el 28 de julio hasta el 5 de octubre, fecha en la que la CNMC admitió a trámite el conflicto de acceso. Dicha tesis también debe rechazarse a por las razones indicadas en los párrafos (345) a (348)).
- (400) La cuarta razón que LUMINORA plantea para argumentar que la sanción propuesta es desproporcionada es que la DC no habría tenido en cuenta el artículo 64.3.b de la LDC, según el cual las sanciones podrían atenuarse si no hay una aplicación efectiva de la conducta prohibida. A ello procede contestar que la conducta sí se aplicó de forma efectiva, dando lugar a una exclusión de las instalaciones de SHARK POWER en las solicitudes coordinadas de acceso remitidas por LUMINORA a RRE. Lo anterior sin perjuicio de que la situación pudiera reconducirse gracias al conflicto planteado por SHARK POWER que, en cualquier caso, sufrió un retraso significativo en la concesión de acceso al nudo como consecuencia de la conducta anticompetitiva de LUMINORA.
- (401) Finalmente, LUMINORA afirma que, con carácter subsidiario, debería tenerse en cuenta también como factor de atenuación el hecho de que la normativa sitúe a las empresas en una posición de conflicto de interés. Esta situación de conflicto de interés se derivaría del diseño regulatorio del IUN, que sería además confuso e incompleto. En relación con esta última alegación, hay que señalar que, en el apartado 3 del artículo 64 de la LDC se señalan las circunstancias que se tendrán en cuenta para la posible atenuación de las sanciones. Entre las razones consideradas en la ley no se encuentra la existencia de una regulación confusa, por lo que no puede tenerse en cuenta para una posible reducción de la sanción. Conviene también señalar que, a pesar de que la regulación aplicable pudiera adolecer de determinadas

carencias y la empresa pudiera tener un conflicto de interés (en su doble condición de promotor y tramitador necesario de las solicitudes), su designación como IUN – que la propia LUMINORA solicitó *motu proprio* – le confería una especial responsabilidad que le obligaba a actuar de un modo particularmente cuidadoso y riguroso. Sin embargo, LUMINORA, tal y como reflejan los hechos probados, incumplió dicha responsabilidad al contravenir las funciones y principios básicos de la figura del IUN, cuyo contenido sí resulta evidente. No resulta por tanto aceptable que pretenda responsabilizar de su actuación a la regulación aplicable.

- (402) Se valoran a continuación los criterios de modulación previstos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de la sanción, teniendo en cuenta las particularidades de la infracción considerada.
- (403) En cuanto a la dimensión y a las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a de la LDC), la conducta ha tenido lugar en el mercado de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica en el nudo FAUSITA 400 kV, con efectos en el mercado conexo de generación de energía eléctrica.
- (404) En cuanto a la cuota de mercado (art. 64.1.b), la figura del IUN tiene una posición privilegiada como tramitador necesario del acceso a un nudo dado de la red de transporte de energía eléctrica, que le atribuye el Anexo XV del Real Decreto 413/2014. La designación de LUMINORA como IUN del nudo FAUSITA 400 kV le confiere una posición de dominio en el acceso al nudo, y por ello, al mismo tiempo, la especial responsabilidad de velar por una tramitación no sólo conjunta y coordinada, sino también igualitaria y no discriminatoria, dado que se trata de una excepción a regla de general de la solicitud individual.
- (405) En cuanto al alcance y duración de la infracción (artículo 64.1.c), la conducta constituye una infracción muy grave prohibida por el artículo 2 LDC, al afectar a un nudo concreto de la red de transporte de energía eléctrica con afectación en el mercado de generación de alcance nacional.
- (406) La duración de la infracción (artículo 64.1.d), ésta abarca el periodo comprendido entre el 28 de julio de 2020 hasta la Resolución de la SSR de 8 de julio de 2021 del conflicto CFT/DE/134/20, es decir, 11 meses.
- (407) En cuanto a los posibles efectos de la infracción (art. 64.1.e) sobre los consumidores y operadores económicos y al posible beneficio ilícito obtenido (art. 64.1.f), la conducta tuvo el efecto real de expulsar del mercado de acceso a la red de transporte de energía eléctrica en el nudo FAUSITA 400 kV a la empresa SHARK POWER, manteniéndose esta situación hasta que la SSR dictó la Resolución de fecha 8 de julio de 2021 en el conflicto CFT/DE/0134/20 que planteó la citada empresa afectada.

- (408) En cuanto a las circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 64.2 y 64.3 LDC), esta Sala no aprecia circunstancias atenuantes o agravantes que deban tenerse en cuenta conforme al artículo 64 LDC para fijar el importe la sanción.

5.5.2. Multa

- (409) El conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, duración, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta, efectos, ausencia de atenuantes y agravantes– lleva a esta Sala a concretar el tipo sancionador total que corresponde aplicar la entidad infractora en el 3% del volumen de negocios total de la empresa dentro del intervalo previsto en el artículo 63.1 de la LDC para las infracciones muy graves.
- (410) Este tipo sancionador es adecuado a la gravedad y características de la infracción incurrida por LUMINORA. Sin embargo, la jurisprudencia exige considerar la dimensión de la concreta infracción como una referencia necesaria para asegurar la proporcionalidad y disuasión de las multas.
- (411) Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad y disuasión es necesario estimar el beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta ilícita bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera que la multa podría resultar desproporcionada.
- (412) En este caso no se ha dispuesto de la información necesaria para comprobar la proporcionalidad de la sanción de acuerdo con lo previsto en el apartado III de las Indicaciones provisionales (párrafos 15-19). Más específicamente, la sociedad no ha podido aportar información relativa al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (VNMA), dado que la planta de la que es promotora no está en funcionamiento. Ni LUMINORA ni ninguna de las filiales del grupo SOLTEC cuentan con alguna instalación de similares dimensiones, capacidad y localización que haya estado en funcionamiento en el período de la infracción²⁷⁸. Por lo tanto, ha sido necesario realizar una estimación de la energía que habría podido producir LUMINORA a partir de la potencia que habría instalado si SHARK POWER no hubiera interpuesto un conflicto de acceso.

²⁷⁸ Escrito de LUMINORA de 1 de septiembre de 2023 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 1485 a 1490)

- (413) En el expediente consta la información relativa a la potencia solicitada que LUMINORA quería instalar en el nudo afectado por la conducta (250kV)²⁷⁹. Además, la CNMC publica mensualmente las estadísticas relativas a la producción de energía eléctrica a partir de renovables, cogeneración y residuos²⁸⁰. En dichos informes estadísticos se relaciona la energía vendida (GWh) con la potencia instalada (MW) de forma anual. Esta información se puede desglosar además por tipo de tecnología y comunidad autónoma. Para realizar esta estimación se ha tenido en cuenta la capacidad del nudo que se habría asignado a LUMINORA, la relación entre la energía vendida y la potencia instalada en las plantas fotovoltaicas de la región de Murcia²⁸¹, así como los precios del mercado energético durante el periodo de infracción.
- (414) A partir de esta información se ha podido estimar cuánta energía habría podido generar y vender LUMINORA con la potencia que quería instalar en dicho nudo hasta la finalización de la infracción con motivo de la Resolución del conflicto planteado por SHARK POWER ante la CNMC. Esta cantidad se ha multiplicado por el precio medio del mercado spot diario en España, permitiendo obtener una estimación de la facturación máxima que habría podido obtener la empresa infractora durante la duración de la infracción.
- (415) En base al valor de referencia de proporcionalidad estimado, esta Sala considera que la multa que correspondería imponer a LUMINORA SOLAR DOCE por la infracción, derivada de aplicar el tipo sancionador del 3% sobre el volumen de negocios total de su sociedad matriz en 2022, no corre el riesgo de ser en absoluto desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la infracción.
- (416) Por todo lo anterior, esta Sala concluye que la sanción proporcionada y disuasoria que corresponde imponer a la empresa infractora asciende a **387.672 euros** por la infracción del artículo 2 LDC imputada.

5.6. Prohibición de contratar

- (417) El artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**) dispone que quedan sujetas a prohibición de contratar con las

²⁷⁹ Registro solicitud inicial de LUMINORA de 24 de junio de 2020. Información aportada por LUMINORA en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 350 a 352). Comunicación de designación del IUN. Información aportada por LUMINORA en contestación a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folio 26), así como en alegaciones al expediente CFT/DE/134/20, incorporada al expediente de referencia mediante deducción de testimonio (folios 496 a 498).

²⁸⁰ <https://www.cnmc.es/estadistica/informacion-mensual-de-estadisticas-sobre-produccion-de-energia-electrica-partir-de-20>

²⁸¹ Esta información se puede consultar en las estadísticas mensuales sobre la producción de energía eléctrica a partir de renovables, cogeneración y residuos que publica la CNMC en la siguiente dirección: <https://www.cnmc.es/estadistica/informacion-mensual-de-estadisticas-sobre-produccion-de-energia-electrica-partir-de-20>.

entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. El Tribunal Supremo señala que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme²⁸².

- (418) En esta resolución, que pone fin al procedimiento sancionador y contra la que no cabe recurso alguno en vía administrativa, se declara la responsabilidad de la sociedad LUMINORA y su matriz SOLTEC por un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la LDC que debe calificarse como infracción muy grave en aplicación del artículo 62.4 de la LDC. Estamos, por tanto, ante una infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP que debiera dar lugar a declarar la referida prohibición de contratar.
- (419) Conviene señalar que la normativa nacional, incorporando las Directivas europeas en la materia, establece instrumentos a disposición de las empresas para evitar ser excluidos de los procedimientos de contratación, a través de medidas de autocorrección o de “*self-cleaning*” (artículo 72.5 LCSP).
- (420) Sin embargo, ni LUMINORA SOLAR DOCE, ni su matriz, SOLTEC DEVELOPMENT han acreditado, en el marco del presente expediente, contar con programas de cumplimiento que pongan de manifiesto su voluntad cumplidora en relación con la defensa de la competencia, ni haber adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones de la normativa de competencia.
- (421) Por todo lo anterior y ante la ausencia de dichas medidas que puedan tenerse en consideración, esta Sala considera que debería declararse la prohibición de contratar para dichas empresas, siguiendo lo dispuesto en el citado artículo 71.1.b) de la LCSP.
- (422) Esta resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar. Por tanto, tales extremos deberán determinarse mediante el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 LCSP. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

6. RESUELVE

Primero. Declarar acreditada la existencia de una infracción muy grave del artículo 2 de la LDC, consistente en un abuso de posición de dominio por parte de LUMINORA SOLAR DOCE, S.L., en su condición de IUN designado en el nudo FAUSITA 400 Kv, consistente en una priorización en el acceso al nudo de sus proyectos y los de su grupo empresarial, discriminando los proyectos de

²⁸² SSTs, de 14 de septiembre (rec. 6372/2020) y de 1 de diciembre (rec. 7659/2020).

terceros competidores en el mercado español de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica en dicho nudo.

Segundo. Declarar responsable de dicha infracción a LUMINORA SOLAR DOCE, S.L., en su condición de IUN en el nudo FAUSITA 400 kV y solidariamente, a su matriz, SOLTEC DEVELOPMENT, S.A.

Tercero. Imponer una sanción 387.672 euros, de cuyo pago serán solidariamente responsables LUMINORA SOLAR DOCE, S.L., y SOLTEC DEVELOPMENT, S.A.

Cuarto. Intimar a LUMINORA SOLAR DOCE, S.L. para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.

Quinto. De conformidad con lo señalado en el fundamento de derecho 5.6, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.

Sexto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.