

“RESOLUCIÓN Expte. RA-19/2009: Hidroeléctrica Río Couso.”

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, 4 de febrero de 2009.

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, con la composición indicada más arriba, y siendo ponente D. Fernando Varela Carid, vocal, dictó la siguiente Resolución en el Expediente RA-19/2008, “Hidroeléctrica Río Couso” (Expediente 16/2008, del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, en adelante SGDC), tras examinar la propuesta de no incoación del procedimiento y archivo efectuado por el SGDC, según escrito de 26 de diciembre de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- El 22 de junio de 2008, D. P. B. C., presidente de AEMS-RIOS CON VIDA, remitió un escrito a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el que denunciaba un supuesto reparto del mercado de concesiones hidroeléctricas en el río Couso, a su paso por el término municipal de Avión, en la provincia de Ourense, perteneciente al ámbito de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil. El 5 de agosto de 2008, el denunciante remitió un nuevo escrito a la CNC con documentación complementaria sobre este mismo asunto.

- 2.- El 28 de julio de 2008, el Director de Investigación de la CNC remitió un escrito al SGDC indicando que, en su opinión, la competencia para conocer sobre el asunto planteado por D. P. B. correspondía a los órganos gallegos de defensa de la competencia.
- 3.- Tras la contestación del SGDC de 18 de agosto confirmando la competencia de los órganos gallegos para entender de esta cuestión, la Dirección de Investigación de la CNC remitió el expediente al SGDC el 2 de septiembre de 2008, que tuvo entrada en el registro del Servicio el 17 de septiembre de 2008.
- 4.- Tras la realización de una información reservada, el SGDC remitió a este Tribunal su propuesta de no incoar procedimiento sancionador, con archivo de las actuaciones, según escrito del 26 de diciembre de 2008.
- 5.- El 15 de enero de 2009, el Pleno del TGDC decidió admitir a trámite el expediente y nombró ponente del mismo al vocal D. Fernando Varela Carid. Son interesados:
 - D. Pedro Brufao Curiel, presidente de AEMS-RIOS CON VIDA.
 - Cortizo Hidroeléctricas, S.A
 - Energía de Galicia, ENGASA
 - Hidroeléctrica de Avión, S.L.
 - Confederación Hidrográfica do Miño-Sil.
- 6.- El 27 de enero de 2009, el Pleno del TGDC deliberó y falló sobre este asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente Resolución se dicta al amparo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante LDC) por tratarse de un expediente abierto con posterioridad a la entrada en vigor de esa Ley el pasado 1 de septiembre de 2007.

SEGUNDO.- El apartado 3 del artículo 49 LDC establece que el Tribunal, a propuesta del Servicio, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC y ordenar el archivo de actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley. Corresponde a este Tribunal, por lo tanto, en este caso, analizar la propuesta efectuada por el SGDC para ver si procede o no aceptarla y, en consecuencia, archivar las actuaciones desarrolladas hasta ahora, o, por lo contrario, rechazar esa propuesta por apreciar indicios de infracción de las normas de competencia.

TERCERO.- En su escrito de denuncia del 22 de julio de 2008, D. P. B. C. I manifiesta que el 14 de julio de 2008, la Secretaría de Estado de Cambio Climático del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino publicó en el BOE núm. 169 tres resoluciones correspondientes a sendas declaraciones de impacto ambiental favorables, bajo determinadas condiciones, a tres proyectos hidroeléctricos presentados cada uno de ellos por las siguientes empresas: Cortizo Hidroeléctricas, S.A. (Resolución de 5 de junio de 2008), Energía de Galicia, ENGASA (Resolución de 6 de junio de 2008), y Hidroeléctrica de Avión S.L. (Resolución de 9 de junio de 2008).

La denuncia del presidente de AEMS-RIOS CON VIDA señala que *“las tres presas se localizarían en unos tramos del río Couso muy cercanos unos a otros, en zonas protegidas por el ámbito del Plan Hidrológico de la Cuenca del Norte”*. Manifiesta, así mismo, el denunciante que resulta llamativo el hecho de que coincidan las tres empresas a la hora de solicitar cada una de ellas los tres

proyectos por separado y de presentarse las restantes como interesadas en la fase de “proyectos en competencia”.

Estima, por tanto, el denunciante que existirían tres concursos distintos a los que se estarían presentando de modo simultáneo las tres empresas denunciadas con la finalidad fraudulenta de obtener cada una de ellas su propia concesión de aprovechamiento hidroeléctrico en condiciones favorables.

Teniendo en cuenta lo anterior, el denunciante considera que esa conducta puede ser constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, por reparto indebido del mercado y solicita lo siguiente:

- 1.- Que se investigue y se sancione a las tres empresas citadas por conducta contraria a las normas de competencia,
- 2.- Que se adopten las medidas cautelares necesarias al respecto, especialmente la paralización del expediente de otorgamiento de las concesiones,
- 3.- Que se informe a las autoridades comunitarias de la adecuación del sistema concesional del dominio público hidráulico al Derecho de la Competencia, y finalmente,
- 4.- Que se informe a las autoridades comunitarias de la adecuación del régimen de ayudas públicas a los productores de energía hidroeléctrica, tanto general como especial.

Además de lo anterior, el denunciante expresa su conocimiento de “*graves irregularidades del sector hidroeléctrico en Galicia*” y acompaña un resumen de la opinión expresada por el Consejo de Cuentas de Galicia en su Memoria del año 2005 sobre el mercado hidroeléctrico en régimen especial, con diversas consideraciones de carácter administrativo y fiscal.

CUARTO.- En lo referente a las hipotéticas irregularidades administrativas o de carácter fiscal que se mencionan en los escritos del denunciante, este Tribunal está de acuerdo con el SGDC que no corresponde a los órganos de defensa de la competencia investigar o pronunciarse sobre posibles vulneraciones en los ámbitos legales referidos, que, en todo caso, deben ventilarse ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.

QUINTO.- Entrando en el análisis de la parte substantiva de la denuncia sobre la supuesta conducta anticompetitiva de las empresas denunciadas, el apartado 2 del artículo 49 LDC señala que, ante la noticia de la posible existencia de una infracción de las normas de competencia, el Servicio podrá llevar a cabo un procedimiento de obtención de información reservada para determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador.

En este caso, y dentro de ese proceso de obtención de información reservada, el SGDC solicitó información a las tres empresas denunciadas, así como a las consellerías de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible y de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia y, posteriormente, a la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, de la Administración General del Estado.

SEXTO.- Dado que la competencia respecto a las concesiones de dominio público hidráulico para fines hidroeléctricos en el río Couso corresponde a la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, resulta especialmente relevante su opinión sobre este asunto.

Al respecto, la citada Confederación, en su escrito de 18 de diciembre de 2008 remitido al SGDC en respuesta a su previa petición de información, manifiesta con toda claridad que las tres resoluciones de Declaración de Impacto Ambiental de la Secretaría de Estado de Cambio Climático de los días 5, 6 y 9 de junio de 2008, publicadas en el BOE núm. 169 de 14 de junio de 2008, se

corresponden con una única concesión hidroeléctrica, a la que concurren las tres empresas denunciadas en este expediente, cada una de ellas con un único proyecto; y que las peticiones de las tres empresas son incompatibles entre sí al pretender aprovechar trechos comunes del mismo río. Así mismo, señala la Confederación que no se producirá acumulación de impactos de los tres proyectos presentados en concurrencia *“al ser solamente uno de ellos el que obtendrá el otorgamiento de la concesión”*.

En esa misma línea, debe destacarse que en cada una de las declaraciones de impacto ambiental referidas en la denuncia y publicadas en el BOE el 14 de julio de 2008, la Secretaría de Estado de Cambio Climático formula declaración favorable *“(...) siempre y cuando se autorice en la alternativa y en las condiciones anteriormente señaladas, que se han deducido del proceso de evaluación, y considerando que no se produce acumulación de impactos de los tres proyectos mencionados en el epígrafe 1 presentados en competencia, al ser solamente uno de ellos el que obtendrá el otorgamiento de concesión (...)”*.

Las empresas denunciadas, en sus respuestas al SDGC, confirman que están participando en un único concurso, abierto con la finalidad de obtener una concesión de dominio público en el río Couso de la que resultará la instalación de una única central hidroeléctrica.

A la vista de lo anterior, sólo cabe concluir que no se trata de tres concesiones distintas para la construcción y aprovechamiento hidroeléctrico de tres centrales en el río Couso, sino de una única concesión que otorgará la Administración a una solamente de las tres empresas que están participando en el procedimiento competitivo abierto para ese fin.

Por tanto, tal como afirma el SGDC, la denuncia de la supuesta colusión entre las tres empresas hidroeléctricas mencionadas en el Fundamento TERCERO para obtener tres concesiones distintas de aprovechamiento hidroeléctrico

carece de fundamento fáctico y no procede continuar la investigación por esa causa.

SEPTIMO.- Sin embargo, antes de dar por concluido el análisis de este caso, hace falta dar respuesta al resto de las solicitudes efectuadas por el denunciante.

Tal como se indica en el Fundamento TERCERO, el denunciante solicita en segundo lugar que se adopten medidas cautelares, en particular la paralización del expediente de otorgamiento de las concesiones. Dado que la denuncia por motivos de infracción de las normas de competencia carece de base factual, este Tribunal estima que desde el punto de vista de la competencia no existen motivos para interferir en ese concurso por la causa que se sigue en este expediente.

OCTAVO.- La tercera solicitud del denunciante consiste en que se informe a las autoridades comunitarias de la adecuación del sistema concesional de dominio público hidráulico al Derecho de la Competencia y que se proponga la apertura y la transparencia a este mercado en materia de energía y aguas.

Según la información disponible, en la concesión de dominio público hidráulico para el aprovechamiento hidroeléctrico del río Couso que es objeto de esta Resolución, este Tribunal considera que se está siguiendo un procedimiento suficientemente competitivo, en el que están participando las tres empresas denunciadas, sin que se justifique iniciar por esa causa una indagación sobre el sistema general de concesiones hidroeléctricas en España.

Cuestión aparte son las consideraciones de carácter ecológico que puedan hacerse sobre la contradicción, cuando menos aparente, que existe entre la protección medioambiental del río Couso y la construcción de una central hidroeléctrica en su curso. En efecto, las tres declaraciones de impacto ambiental de la Secretaría de Estado de Cambio Climático señalan que *“El río Couso se incluye, desde su nacimiento hasta su desembocadura, entre los*

recogidos en la norma 2.2.2.6 del Plan Hidrológico Norte I como tramo protegido por interés medioambiental. Esta clasificación obliga a que el seguimiento de sus aguas se centre en el mantenimiento de su calidad natural y en evitar las intervenciones sobre el cauce tendentes a modificar la fauna y la flora del río". Sin embargo, las tres declaraciones de impacto ambiental son favorables a la construcción en el río de la central hidroeléctrica y demás instalaciones objeto del concurso.

Ahora bien, esa aparente contradicción solamente puede ser analizada por este Tribunal en la medida en que pueda tener implicaciones sobre la competencia efectiva en los mercados. Por razones obvias habría que descartar la aplicación a este respecto de los artículos 1 y 2 LDC, y solamente cabría hipotéticamente analizar esta cuestión en sede del artículo 3 LDC, lo que llevaría a plantear, en primer lugar, su posible encaje en alguno de los supuestos contemplados en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) y, a continuación, analizar si la conducta identificada tiene repercusiones que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Dentro de los supuestos de deslealtad, el único que podría tener visos de ser aplicado en este caso es el que aparece recogido en el artículo 15 LCD, pero para ello sería necesario que hubiese una prueba clara de violación normativa o una declaración por los tribunales competentes en ese mismo sentido. Ninguna de esas circunstancias concurre en este caso.

Por una parte, en el expediente no se aprecia ningún indicio de que el procedimiento que se está siguiendo para la eventual concesión de la explotación hidroeléctrica incumpla la legalidad, salvo la aparente incongruencia mencionada más arriba entre las declaraciones de impacto ambiental favorables y la inclusión del río Couso como tramo protegido por interés medioambiental. Sin embargo, una lectura atenta de la norma 2.2.2.6 del Plan Hidrológico Norte I revela que la protección "*por interés medioambiental*" implica que solamente se deben evitar las intervenciones del

cauce tendentes a alterar la fauna y la flora naturales propias del tramo, además de mantener la calidad natural de las aguas, a diferencia de los tramos de río protegidos “*por interés natural*”, regulados por la norma 2.2.2.7 del mismo Plano Hidrológico, en los que, además de protegerse la fauna y la flora, deben evitarse alteraciones del medio físico natural. Aunque resulta evidente que la construcción de una central hidroeléctrica altera el medio físico natural, la eventual compatibilidad entre la citada norma 2.2.2.6 y la emisión del informe de impacto ambiental favorable constituye un juicio de carácter fundamentalmente técnico sujeto a la consideración e interpretación del órgano emisor de esos informes, que no puede ser rebatido o puesto en cuestión por este Tribunal.

Por otra parte, no le consta a este Tribunal ningún pronunciamiento de los tribunales ordinarios en el sentido de que el procedimiento de concesión de dominio público para este aprovechamiento hidroeléctrico no se hiciese conforme a la legalidad.

En definitiva, el Tribunal estima que tampoco bajo esta perspectiva se puede afirmar que existan indicios de conductas anticompetitivas.

NOVENO.- La cuarta y última solicitud del denunciante consiste en que se informe a las autoridades comunitarias de la adecuación del régimen de ayudas públicas a los productores de energía hidroeléctrica, tanto general como especial.

Es cierto que el aprovechamiento hidroeléctrico del río Couso objeto de este expediente está integrado en el denominado régimen especial, que está regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, y por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por lo que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. De acuerdo con esa normativa, esta modalidad de producción hidroeléctrica, que se refiere a centrales hidroeléctricas con una potencia instalada inferior a 10MW, recibe

una subvención respecto al precio de mercado, bajo la forma de una prima, cuya entidad aparece estipulada en el Real Decreto mencionado.

En este caso, aparte del refrendo normativo con rango de ley que sostiene este tipo de subvenciones, en opinión de este Tribunal, al ser estas ayudas de aplicación horizontal, carecen de implicaciones sobre la competencia efectiva en el mercado español de electricidad y, tal como recoge el preámbulo del Real Decreto 661/2007, estarían justificadas por la necesidad de conseguir un mejor aprovechamiento de las energías renovables de cara a reducir el efecto invernadero y lograr los objetivos indicativos incluidos en la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.

DECIMO.- Por todo lo anterior, el Tribunal considera acertada la propuesta del SGDC de no incoar expediente sancionador y estima que debe procederse al archivo de las actuaciones.

En conclusión, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

ÚNICO.- Confirmar la propuesta del SGDC de no incoar expediente sancionador y proceder al archivo de las actuaciones referentes a la denuncia de D. P. B. C., presidente de AEMS-RIOS CON VIDA, sobre una hipotética conducta contraria a las normas de competencia por parte de las empresas Cortizo Hidroeléctricas, S.A., Energía de Galicia, ENGASA, e Hidroeléctrica de Avión S.L. participantes en el concurso de proyectos para la concesión de dominio público para el aprovechamiento hidroeléctrico en el río Couso, en Avión, a que se refiere el anuncio de la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Norte de 14 de diciembre de 2001, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Ourense de 10 de enero de 2002 .

Comuníquese esta Resolución al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, y notifíquese a los interesados, haciendo constar que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses contados desde su notificación.”