

## **RESOLUCIÓN (Expte. 535/02, Eléctrica Eriste)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 7 de abril de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 535/02 (1711/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de la entidad ELÉCTRICA DE ERISTE S.L. contra el AYUNTAMIENTO DE BENASQUE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia incursas en las prohibiciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en la adjudicación del servicio de distribución de electricidad en el Área Fluvial 2 de dicho municipio al citado Ayuntamiento.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 20 de octubre de 1997 tuvo entrada en el Servicio escrito presentado por D. Juan Carlos Pérez Arcas, en nombre y representación de la entidad ELÉCTRICA DE ERISTE S.L., en el que denunciaba al AYUNTAMIENTO DE BENASQUE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, presuntamente incursas en las prohibiciones de la LDC.

Según la denuncia:

-El Ayuntamiento de Benasque no ha procedido a la separación jurídica de actividades en el sistema integrado prevista en el artículo 14 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, LOSEN).

- En el procedimiento de urbanización del Área Fluvial-2 de Benasque, llevado a cabo mediante el sistema de compensación (en el cual la ejecución de las obras de urbanización corresponde a los propietarios del suelo, constituidos en Junta de Compensación), se concede al Ayuntamiento de Benasque (informado de todas las decisiones de aquella Junta) la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, merced a las presiones del citado Ayuntamiento, del cual depende la concesión de todas las licencias de obras y permisos. La denunciante considera que el Ayuntamiento ha abusado de sus facultades y en concreto de su intervención en la Junta de Compensación en cuyo órgano está representado.

- El Ayuntamiento de Benasque ha solicitado subvenciones propias y exclusivas de Ayuntamientos con el fin de financiar las obras requeridas para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica. Dichas subvenciones se solicitaron a la Diputación General de Aragón, una con cargo al Fondo Autonómico y otra con cargo al Plan de Electrificación Rural de 1997.

- La aprobación del Proyecto Técnico de Centro de Transformación del Área Fluvial-2 y línea de interconexión 25 Kv. vulnera lo establecido en la legislación urbanística y en la LOSEN. Se denuncia por Eléctrica de Eriste que fuese aprobado el citado proyecto por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benasque, declarando a su vez de utilidad pública el mismo, y previendo la ubicación del Centro de Transformación en un terreno de dominio público calificado como zona verde por el Plan Parcial del Área Fluvial-2. Tras la impugnación del Acuerdo del Pleno por Eléctrica de Eriste, se acordó por el propio Ayuntamiento dejar sin efecto el citado acuerdo en lo relativo a la declaración de utilidad pública y en lo referido a la ubicación del Centro de Transformación en zona verde.

- El Ayuntamiento de Benasque procedió a la venta de terrenos de la mencionada Área Fluvial-2, destinando los fondos obtenidos a la financiación de las obras necesarias para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica.

2. El Servicio, vista la información reservada, practicada de acuerdo con el artículo 36.2 de la LDC, con fecha 30 de septiembre de 1998, decidió:

1º.- El archivo parcial por ausencia de indicios de infracción de la LDC:

- Respecto de la obtención por parte del Ayuntamiento de Benasque de las subvenciones solicitadas, una con cargo al Fondo Autonómico y otra con

cargo a Planer de 1997, ya que ha quedado constatado que el citado Ayuntamiento no ha recibido ninguna de las ayudas.

- Respecto de la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de fecha 2 de junio de 1997, del Proyecto Técnico de Centro de Transformación del Área Fluvial-2 y línea de interconexión de 25 Kv., que calificaba de zona verde y lo declaraba de utilidad pública, ya que el propio Ayuntamiento modificó dicha situación en Acuerdo del Pleno de 25 de julio de 1997.

- Y, por último, respecto de la venta de terrenos del Área Fluvial-2, destinando los fondos obtenidos a la financiación de las obras necesarias para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, ya que según lo dispuesto en el Reglamento de Bienes su destino ha de ser el de inversiones.

2º.- La incoación de expediente sancionador y admisión a trámite por:

- el supuesto ejercicio abusivo, por parte del Ayuntamiento de Benasque, de su posición de dominio en el órgano rector de la Junta de Compensación, para que se le concediera el suministro de energía eléctrica para el Área Fluvial-2, lo que podría constituir una infracción del artículo 6 de la LDC.

- el supuesto incumplimiento por el Ayuntamiento de Benasque de la obligación de separación jurídica de actividades de distribución de electricidad impuesta por el artículo 14 de la LOSEN, lo que podría constituir un acto desleal prohibido por el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal que, al distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de distribución eléctrica de la zona de Benasque, podría ser perseguible al amparo del artículo 7 de la LDC.

3. Con fecha 26 de octubre de 1998, D. Joan Prat i Rubí, en representación de Eléctrica de Eriste interpuso recurso contra el Acuerdo de archivo parcial del Servicio, recurso que fue desestimado por el Tribunal en su Resolución de 27 de enero de 1999 (Expte. r 336/98), que no fue recurrida ante la Audiencia Nacional.

4. El 7 de octubre de 1999 el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente al considerar que las actuaciones del Ayuntamiento se habían llevado a cabo con respeto de la legislación de ordenación del sector eléctrico y que la intervención del citado Ayuntamiento en la Junta de Compensación era un acto administrativo y, por lo tanto, no sujeto a la LDC.

5. Dicho Acuerdo de sobreseimiento fue recurrido por Eléctrica de Eriste, recurso que el Tribunal, por Resolución de 25 de octubre de 2000 (Expte. R 393/99), estimó parcialmente, interesando del Servicio que se investigara cuanto se señala en los fundamentos segundo, quinto y sexto de la citada Resolución, en relación con la posible infracción del artículo 7 LDC.
6. El 19 de diciembre de 2000 se recibió en el Tribunal escrito del Ayuntamiento de Benasque en el que solicita *“1a declaración de nulidad de la mencionada Resolución de 25 de octubre de 2000, así como de cualquier acto de trámite dictado en el recurso de referencia desde el momento en que debió haberse concedido al Ayuntamiento de Benasque el trámite de alegaciones previsto en el artículo 48.3 LDC, sirviéndose disponer la retroacción del expediente a dicho momento procesal”*.
7. Por Auto de 24 de enero de 2001 el Tribunal resolvió este incidente al considerar *“que el artículo 102 LRJAP y del PAC, que se refiere a la declaración de oficio de la nulidad de los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa, no es de aplicación a la Resolución de 25 de octubre de 2000 por cuanto que la estimación parcial del recurso de Eléctrica de Eriste S.L. contra el Acuerdo del Servicio, al decidir la continuación del procedimiento, ni tiene el carácter de acto definitivo ni produce indefensión alguna al Ayuntamiento de Benasque que siempre podrá alegar cuanto proceda ante el Servicio, y en su caso, ante el Tribunal”*.

Por otro lado, el Servicio señaló lo siguiente sobre la alegación del citado Ayuntamiento: *“En el presente caso, el Ayuntamiento de Benasque, a partir de la notificación por parte de este Servicio, en la que se determina la continuación del expediente, en cumplimiento de la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, ha podido tomar vista del expediente y hacer las alegaciones que hubiera estimado oportunas para su mejor defensa, por lo que no procede estimar la indefensión alegada”*.

8. Con fecha 3 de noviembre de 2000 y en cumplimiento de la precitada Resolución de 25 de octubre de 2000, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la continuación del expediente incoado en su día, por lo que, a la vista de las actuaciones practicadas, el Servicio procedió a formular el Pliego de Concreción de Hechos, de 13 de febrero de 2002, que se incluye en el Informe-Propuesta.
9. Una vez llevada a cabo la tramitación correspondiente, el Servicio, con fecha 17 de abril de 2002, redactó su Informe que concluye con la siguiente propuesta:

*Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:*

- a) *Se declare que la actuación del Ayuntamiento de Benasque consistente en la presentación de su oferta económica de forma verbal y fuera de plazo, una vez conocida la de su único competidor, Eléctrica de Eriste, constituye una práctica prohibida por el artículo 7 de la LDC.*
- b) *Se declare que el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Benasque de la obligación de separación jurídica de las actividades de generación y distribución de electricidad impuesta por el artículo 14 de la LOSEN, constituye una práctica prohibida por el artículo 7 de la LDC.*

*Segundo.- Se adopten cualesquiera otras medidas previstas en el artículo 46 de la LDC que el Tribunal considere procedentes.*

*No obstante, ese Tribunal resolverá.*

- 10. El 18 de abril de 2002 se recibió el expediente en el Tribunal, el cual, mediante Providencia del día 24 de dichos mes y año, lo admitió a trámite y lo puso de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que a su derecho convinieran.
- 11. En el trámite de proposición de prueba han comparecido ambas partes sin solicitar más pruebas que las de incorporar al expediente las documentales que ya obran en el mismo (Ayuntamiento de Benasque), señalando Eléctrica de Eriste que ya constan todas las pruebas pertinentes. En cuanto a la Vista, sólo se manifiesta esta empresa, que solicita que el Tribunal acuerde conceder el trámite de conclusiones escritas.
- 12. Por Providencia de 18 de junio de 2002 el Tribunal acordó poner de manifiesto a los interesados el expediente a fin de que en el plazo de quince días formularan conclusiones.
- 13. En dicho trámite se recibieron escritos de Eléctrica de Eriste el 12 de julio de 2002 (presentado en Barcelona el día 10) y del Ayuntamiento de Benasque el 16 de dichos mes y año (presentado en Zaragoza el día 12).

En síntesis, Eléctrica de Eriste alega lo siguiente: a) que ha quedado acreditado que el Ayuntamiento denunciado infringió el art. 14 de la

LOSEN, al no separar jurídicamente las actividades de generación y distribución, ni procedió a constituir una sociedad mercantil para desarrollar esta última; b) que dicha conducta puede ser calificada de desleal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal; c) que la oferta del Ayuntamiento de Benasque en la Junta del Área de Compensación fue expuesta verbalmente y con posterioridad a la de Eléctrica de Eriste lo que le permitía mejorarla de forma desleal; y d) que concurren también los otros dos requisitos para poder considerar esta conducta comprendida en la prohibición del art. 7 LDC, como son, que el interés protegido en este caso es el interés general en el mantenimiento del mercado de la distribución de electricidad y que la distorsión de la competencia en el mercado al desplazar al único competidor es suficientemente grave.

Por su parte, el Ayuntamiento de Benasque alegó lo siguiente: a) la nulidad de pleno derecho del expediente derivada de la nulidad de la Resolución del Tribunal de 25 de octubre de 2000, por la que estimó parcialmente el precitado recurso de sobreseimiento, en la que se omitió el trámite de audiencia, en contra de lo dispuesto por los arts. 47 y 48 LDC, cuando debía tener la condición de interesado (causa comprendida en los apartados a) y e) del art. 62.1 de la LRJAP y del PAC); b) inexistencia de infracción por adquirir ventajas competitivas mediante infracción de las leyes (el Ayuntamiento no ha incumplido una supuesta obligación de separación jurídica de las actividades de producción y distribución ni en lo relativo a la adopción de la forma de sociedad mercantil para el ejercicio de dichas actividades); y c) inexistencia de otros comportamientos desleales ya que, ante la solicitud de la Junta de Contratación, el representante de la empresa municipal presentó el pertinente proyecto técnico por escrito, no siendo cierto que esperase a conocer la oferta de su competidor para confeccionar la suya propia, sin perjuicio de su exposición verbal a los miembros de la Junta por formar parte de la misma un representante municipal, aparte de que la decisión de encargarle la instalación de la red no se debió a la oferta económica, que no tenía un importe inferior, sino por la mayor capacidad técnica de la empresa municipal.

14. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión del día 26 de marzo de 2003.
15. Son interesados:
  - Eléctrica de Eriste S.L.
  - Ayuntamiento de Benasque

## HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los hechos siguientes:

1. Desde el 12 de junio de 1980 el Ayuntamiento de Benasque actúa como empresa distribuidora de energía eléctrica, estando inscrito en el Registro Industrial como empresa distribuidora de electricidad (folio 54 del expediente del Servicio), y en la Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica (folio 58 del expediente del Servicio), siendo además miembro del Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica (folio 64 del expediente del Servicio).
2. Las entidades Eléctrica de Eriste S.L. y el Ayuntamiento de Benasque ejercen concurrencialmente la actividad de distribución de electricidad en zonas fronterizas dentro de la provincia de Huesca.

Así pues, el Ayuntamiento de Benasque distribuye electricidad en los municipios de Anciles y Cerler y la empresa Eléctrica de Eriste S.L. en el municipio de Sahún y Eriste y ambas concurren en la distribución de electricidad en el municipio de Benasque.

3. Cuando se inició la urbanización del área denominada ÁREA FLUVIAL-2 en el municipio de Benasque (en adelante, AF-2), ambas empresas pretendían obtener la concesión del servicio de distribución de electricidad.
4. El inicio del proceso de planeamiento urbanístico y subsiguiente proyecto de urbanización del AF-2 del municipio de Benasque se remonta al 26 de julio de 1990, con la aprobación inicial del Plan Parcial de la zona por el Ayuntamiento de Benasque. En el desarrollo de todas las actuaciones de ordenación urbanística llevadas a cabo en el AF-2, se contienen referencias a Eléctrica de Eriste como la compañía que presumiblemente va a prestar el servicio de la distribución de energía eléctrica a dicha urbanización, ya que dispone de los medios necesarios, red eléctrica y demás instalaciones para prestar dicho servicio, tal y como se reconoce en la página 35 de la Memoria de las Normas subsidiarias.
5. Por acuerdo del Ayuntamiento de Benasque, de fecha 2 de junio de 1997, se aprobó el Proyecto Técnico de Centro de Transformación del AF-2 y línea de interconexión 25 kv.
6. Como ya se ha dicho en el apartado anterior, el Plan Parcial del AF-2 se ha desarrollado por el sistema de Compensación, constituyéndose, a tal efecto, la Junta de Compensación, en la cual, y según lo previsto en la

legislación urbanística, hay un representante de la Administración que, en este caso, es el Ayuntamiento de Benasque.

7. El proceso de selección comienza con la petición de ofertas que realiza la Junta solicitando que se remita la oferta técnica y económica antes del 28 de julio de 1997.

La empresa Eléctrica de Eriste cumplió tal requisito presentando su oferta el 19 de julio de 1997 y la empresa municipal, el Ayuntamiento de Benasque, no lo hizo, sólo presentó en dicho plazo el proyecto técnico, reservando su oferta económica hasta la Asamblea Extraordinaria de la Junta del día 6 de agosto de 1997 en la que presentó su oferta verbal, que igualaba la previamente presentada por su única competidora (folios 269 y 271).

En uno de los puntos de la citada Asamblea, en relación con la instalación del suministro de energía, se dice:

*“El Sr. Fernández Sanguino (presidente de la Junta de Compensación), explica la oferta presentada por Eléctrica de Eriste, y el representante del Ayuntamiento de Benasque, la oferta de la empresa municipal, de las que se infiere una igualdad en las condiciones económicas.*

*Los asistentes, a la vista de ello y entendiendo la mayor capacidad técnica de la empresa municipal reflejado en el proyecto técnico presentado acuerdan, con la abstención del Ayuntamiento de Benasque, ENCARGAR a la empresa del Ayuntamiento la instalación de la red de suministro de la energía eléctrica, la obra civil correspondiente y la instalación del alumbrado público, en las condiciones establecidas en la oferta, con la puntualización de que la instalación del suministro de energía eléctrica deberá llegar hasta el punto del terreno donde esté prevista la ubicación de las edificaciones, todo lo cual deberá ser reflejado en el contrato que a tal fin se suscriba.”*

8. La instalación de distribución requiere autorización administrativa del órgano competente, tal y como se establece en el artículo 40 de la Ley 54/97, correspondiendo en este caso a la Diputación General de Aragón, departamento de Economía, Hacienda y Fomento.

Con fecha 29 de noviembre de 1997 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Huesca un anuncio por el que se abría a información pública la petición hecha por el Ayuntamiento de Benasque de instalación eléctrica para la zona AF-2, consistente en una línea subterránea de 25 kv. y un



centro de transformación, para la cual solicita la autorización correspondiente (folio 241).

Con fecha 18 de mayo de 1998 la Diputación General de Aragón autorizó el establecimiento del Centro de Transformación del AF-2 y línea eléctrica subterránea de 25 kv. solicitado por el Ayuntamiento de Benasque.

9. No obstante, con fecha 23 de julio de 1998 y con el objeto de aclarar los hechos, el Servicio requirió al representante legal de la Junta de Compensación del AF-2 (D. Ignacio Pemán Gavín) que facilitara información sobre las ofertas escritas presentadas ante esa Junta con motivo de la concesión del suministro de energía eléctrica, así como sobre la existencia o no de equivalencia entre las ofertas presentadas y la propuesta final aceptada mediante acta de la Asamblea Extraordinaria de la Junta de Compensación celebrada el 6 de agosto de 1997.

En respuesta a este requerimiento de información, y con fecha 17 de agosto de 1998, D. Ignacio Pemán Gavín, aportó, junto al escrito de contestación, fotocopia de las cartas enviadas a las dos empresas interesadas en la realización de la obra de suministro de energía eléctrica en el AF-2, así como fotocopia de la oferta que envió la empresa Eléctrica de Eriste y la confirmación de que el Ayuntamiento de Benasque hizo su oferta verbal.

10. Según Informe de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, tanto de los preceptos de la LOSEN en su artículo 14 y su Disposición Transitoria Tercera como del artículo 39 de la citada Ley, se deduce la obligación de los Ayuntamientos de proceder a constituirse en sociedades mercantiles para el desarrollo de las actividades de distribución de energía eléctrica teniendo un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la publicación de la Ley 40/94, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley. De aquí se deduce que el Ayuntamiento se encontraba obligado a separar su actividad de distribución de energía eléctrica desde el 1 de junio de 1995.
11. El propio Ayuntamiento de Benasque, en alegaciones realizadas ante el Servicio, manifestó que en el Acuerdo Plenario de 26 de marzo de 1998 procedió a separar su actividad de distribución de energía eléctrica, constituyendo la sociedad Energías de Benasque S.L., a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 2019/97, de 26 de diciembre, en su Disposición Transitoria Novena, la cual establecía un plazo de tres meses para la adaptación al nuevo marco regulatorio, en desarrollo de la Ley del Sector Eléctrico de 1997.

Para que esa sociedad adquiriera personalidad jurídica, las escrituras de constitución tenían que inscribirse en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la Ley 40/94, de 30 de diciembre, es decir, el 1 de junio de 1995, extremo que no se cumplió por parte del Ayuntamiento, ya que no procedió a inscribir dicha sociedad hasta el 18 de diciembre de 1998.

El objeto social de la sociedad Energías de Benasque S.L. es el siguiente (artículo 2 de los Estatutos):

- a) La distribución de energía eléctrica, así como su explotación y administración directa o indirecta, y compra venta de energía eléctrica a particulares y empresas.
- b) La contratación de terceras personas, y la realización de operaciones financieras de cualquier clase relacionadas con el apartado anterior.
- c) La adquisición de fincas, construcción de edificios, y su explotación directa o indirecta con la misma finalidad. Para la consecución de estos fines tendrá facultad para comprar, vender y, por cualquier título, adquirir y transferir inmuebles y constituir, cancelar, adquirir y transmitir derechos reales.
- d) Crear los servicios especializados que el Ayuntamiento de esta localidad le encomiende, en particular las tareas directamente relacionadas con distribución de energía eléctrica de Benasque, previo el cumplimiento de los requisitos legales exigidos en cada caso.

12. Los impuestos que toda sociedad mercantil tiene que liquidar son los siguientes:

-Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/95, de 27 de diciembre).

-Impuestos establecidos en la Ley 39/88, de Haciendas Locales:

Impuesto sobre actividades económicas.

Impuesto sobre bienes inmuebles.

Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Impuestos sobre circulación de vehículos de tracción mecánica.

Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.

Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

El Ayuntamiento de Benasque, como Corporación Local, goza de bonificaciones en el Impuesto de Sociedades (del 99% de la cuota) y en el Impuesto sobre Actividades Económicas (de cuyo pago está exento).

13. En el ANEXO I (folio 680 del expediente del Servicio) se recogen los datos facilitados por el Ayuntamiento de Benasque y por la empresa Eléctrica de Eriste, en relación a los impuestos devengados correspondientes a los ejercicios 1998, 1999 y 2000. En concreto, el ahorro fiscal para el Ayuntamiento durante el año 1997 -en el que no estaba dado de alta como sociedad mercantil- fue de 9.480.363 pts. por IRPF, 5.376.691 en el IVA y 3.977.807 en el Impuesto sobre electricidad, todo ello respecto del año 1998, sumando en total 18.834.861 pts. (113.200 euros).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. En el escrito de conclusiones del Ayuntamiento de Benasque se ha vuelto a plantear una cuestión que ha de resolverse con carácter previo a entrar a analizar el fondo del expediente.

Dicha cuestión consiste en solicitar que el Tribunal declare la nulidad de pleno derecho del mismo porque en la Resolución de 25 de octubre de 2000 -que supuso la estimación parcial del recurso R 393/99, Eléctrica Eriste 2- se omitió dar el trámite de audiencia al Ayuntamiento, lo que considera un vicio causante de nulidad de pleno derecho pues, como destinatario de la denuncia cuyo sobreseimiento había acordado el Servicio, tenía que ser parte interesada en el citado expediente de recurso. Todo ello, a la vista de lo dispuesto en los arts. 47 y 48 LDC y 62.1 LRJAP y del PAC, en sus apartados a) y e), porque la omisión denunciada del trámite de audiencia causa indefensión manifiesta (art. 24.1 CE), vulnera también el principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE y prescinde totalmente del procedimiento legalmente establecido. En consecuencia y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64 LRJPAC, los efectos de la nulidad de pleno derecho del acuerdo del Tribunal se transmiten a los actos dictados por el Servicio y por el propio Tribunal en ejecución de la citada Resolución.

Esta cuestión fue ya decidida por el Tribunal mediante su Auto de resolución de incidente, de fecha 18 de enero de 2001, que rechazó la solicitud de nulidad planteada tras la citada Resolución, no dando posibilidad de ningún recurso por ser un acto que, por decidir la continuación del expediente, "ni tiene el carácter de acto definitivo ni produce indefensión alguna al Ayuntamiento de Benasque que siempre

podrá alegar cuanto proceda ante el Servicio y, en su caso, ante el Tribunal”.

Pues bien, al volver ahora a analizar la cuestión planteada por el citado Ayuntamiento, el Tribunal considera que no debió omitir darle la condición de interesado, y el consiguiente trámite de audiencia, en el expediente de recurso. Sin embargo, entiende el Tribunal -al igual que lo hiciera en su Auto de resolución de incidente de 18 de enero de 2001- que este defecto procesal no constituye una irregularidad invalidante, por ser un acto que no tiene el carácter de definitivo, ni produce indefensión real alguna porque la omisión de otorgarle la condición de interesado en el expediente de recurso no impide a la parte la defensa de sus intereses a lo largo del procedimiento tanto ante el Servicio como ante el Tribunal. Por ello, el defecto formal cometido por este último, no siendo un requisito indispensable, no supondría la nulidad o anulabilidad del acto, según dispone el art. 63.2 de la LRJPAC.

Por último, en este mismo sentido se pronuncia el Servicio en el Informe-Propuesta y comparte el Tribunal cuando, al contestar esta misma alegación del citado Ayuntamiento al Pliego de Concreción de Hechos, señala lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte.» Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.» (STC 71/1984, 64/1986, RTC 1999/153 Auto).”*

En este caso, habiendo tenido conocimiento la parte imputada de la totalidad del expediente y habiéndose defendido de los correspondientes cargos ante el Servicio y el Tribunal, este último entiende que no debe estimar la cuestión previa nuevamente planteada por el Ayuntamiento de Benasque.

2. Tras los dos recursos resueltos en este expediente y el definitivo Informe-Propuesta elaborado por el Servicio, la cuestión de fondo a resolver se reduce a examinar si es correcta su propuesta final, que se transcribe en el Antecedente de Hecho 9 de esta Resolución, es decir, si procede declarar la existencia de una práctica incurra en la prohibición del art. 7 LDC, por haber presentado el Ayuntamiento de Benasque su oferta económica en la Junta de Compensación de forma verbal y fuera de plazo, una vez conocida la de su único competidor, y por no haber separado jurídicamente las actividades de generación y distribución de electricidad, según dispone el art. 14 de la LOSEN, lo que constituirían actos desleales prohibidos por el art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal. Esta imputación es el resultado, precisamente, de la Resolución del Tribunal de 25 de octubre de 2000 que, al estimar parcialmente el Acuerdo de sobreseimiento, interesó del Servicio que investigara cuanto se indicaba en los Fundamentos segundo, quinto y sexto.
  
3. Pues bien, como acertadamente señala el Servicio, ha quedado acreditado (Hechos Probados 10 y 11) que el Ayuntamiento denunciado infringió el art. 14 de la LOSEN, que exige la separación jurídica de las actividades de generación y distribución, mediante su ejercicio por sociedades mercantiles constituidas en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor de dicha Ley (1 de junio de 1995), cuando la inscripción tuvo lugar el 18 de diciembre de 1998. Esta separación tenía por fin lograr la máxima transparencia en el mercado de la energía, como pilar básico de la LOSEN, cuestión que quedó también claramente establecida en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico.

En cuanto a si dicha infracción supuso una ventaja que permitiera mejorar la posición competitiva del Ayuntamiento frente a la de Eléctrica de Eriste, la respuesta es afirmativa atendiendo al Hecho Probado 13, en el que figura que la ventaja fiscal supuso un total de 18.834.861 pts., aparte de las bonificaciones fiscales de los Ayuntamientos que se recogen en el Hecho Probado 12, que hacen en su conjunto que deba reputarse como claramente significativa la mencionada ventaja comparativa porque dicho importe le permitía reducir o igualar con ventaja el precio de su oferta.

4. Además, ha quedado acreditado (Hechos Probados 7 y 9, según folios 201, 268, 269 y 271), por lo declarado en el escrito de 5 de agosto de 1998 del representante legal de la Junta de Compensación, que el Ayuntamiento de Benasque ha utilizado su participación en dicha Junta para no presentar su oferta económica por escrito, esperando a conocer la de su competidor para realizar la suya verbalmente y fuera del plazo establecido. Dicho comportamiento ha de calificarse como desleal en tanto

que objetivamente contrario a la buena fe dado que, con el mismo, el Ayuntamiento logró conocer previamente la oferta de su competidor, para eliminarlo desplazándolo del mercado, lo que vulnera la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Demostrada la existencia de actos desleales por parte del Ayuntamiento, es decir, la vulneración de la LOSEN -y, por tanto, actos que infringen también la prohibición del art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal-, así como de la norma que rige la contratación administrativa, mediante la utilización de su participación en la Junta para presentar su oferta fuera de plazo y de forma verbal, hay que señalar que en el presente asunto también se dan los otros dos requisitos necesarios para que la conducta desleal pueda ser considerada como infracción por las autoridades administrativas de defensa de la competencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 LDC, es decir, que tenga entidad suficiente para distorsionar de manera grave el funcionamiento competitivo del mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público, que es el interés defendido por la LDC. En este caso, sería el interés público del mantenimiento de un mercado, el de la distribución de electricidad, para que funcione de acuerdo con criterios competitivos, es decir, que aquellas empresas mejor dotadas para ofrecer un servicio de calidad a un menor coste sean las que se encarguen de prestarlo. El hecho de que la entidad denunciada se haya beneficiado de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reporta el incumplimiento de la normativa legal para desplazar a su único competidor, produce una distorsión suficientemente grave por su gran incidencia en dicho mercado como para entender que está incluida en las conductas prohibidas por el artículo 7 LDC.
6. Las alegaciones de la imputada en su escrito de conclusiones sobre el fondo del asunto resultan también inatendibles. En primer lugar, en cuanto a la separación jurídica de las actividades de generación y distribución mediante su ejercicio por sociedades mercantiles, porque la inscripción en el Registro Mercantil, que es el requisito decisivo, no se produjo hasta el 18 de diciembre de 1998. Y, en segundo lugar, en lo relativo a la alegación de que el representante municipal en la Junta de Compensación no esperó a conocer la oferta del competidor, porque tanto la forma oral en la que dicho representante la dio a conocer, como su momento -fuera del plazo establecido- no dejan la menor duda sobre lo sucedido y probado en este expediente, como se señala en los dos Fundamentos de Derecho anteriores.

Por otra parte, las conclusiones formuladas por la denunciante resultan plenamente conformes con la propuesta final del Servicio.

Por todo ello, el Tribunal debe declarar acreditada la realización de ambas actuaciones por el Ayuntamiento de Benasque y, además, hacerlo como constitutivas de una conducta de competencia desleal prohibida por el art. 7 LDC, dado que parece más adecuado su consideración como una sola infracción aunque tuviera diversas manifestaciones practicadas con un único fin, pero que el Servicio había apreciado como conductas diferenciadas.

7. Producida una práctica prohibida por la LDC, la infracción debe ser sancionada, y así el art. 10 de la LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el art. 7 de la LDC.

En el presente caso, se cumple dicho requisito porque el Ayuntamiento imputado se benefició de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reportaba incumplir la normativa legal para, al formar parte del órgano rector de la Junta de Compensación, desplazar del mercado a su único competidor.

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta que en el artículo 10.1 se establece que el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, multas de hasta 150.000.000 de pesetas (900.000 euros), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal, incremento que no cabe aplicar en este caso por carecer el Ayuntamiento de cifra de ventas.

Por otra parte, en el número 2 del citado artículo se establecen los criterios a tener en cuenta para la determinación de la sanción. En el presente expediente debe destacarse la modalidad y alcance de la restricción, pues ha de reputarse grave desplazar deslealmente al único competidor en una petición de ofertas de carácter municipal en favor, precisamente, del Ayuntamiento. Asimismo, puede señalarse, en cuanto a los efectos de la conducta, que en el expediente figura como valor del presupuesto del Proyecto Técnico del Centro de Transformación y de la Línea de Interconexión de 25 Kv. 25.714.647 pts. (154.548 euros) y que la dimensión del mercado afectado es muy reducida e inferior a la municipal, pues se limita al Sector del AF-2 de Benasque, lo que conduce a moderar la sanción, pese a su gravedad. Ponderando estos elementos, el Tribunal estima adecuado imponer una multa al Ayuntamiento de Benasque de 30.000 euros.

8. Por último, en virtud de lo dispuesto en el art. 46.5 LDC, considera el Tribunal que debe ordenar la publicación a costa del mencionado Ayuntamiento, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el “Boletín Oficial del Estado” y en un diario de información general editado en Huesca. Asimismo entiende que, con el fin de obligar a su cumplimiento, debe imponer una multa coercitiva según prevé la LDC en su art. 11.d).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

### **RESUELVE**

**Primero.-** Declarar que la obtención por el Ayuntamiento de Benasque del encargo de la ejecución del Proyecto del Área Fluvial 2 mediante la presentación de su oferta económica de forma verbal, fuera de plazo y una vez conocida la de su único competidor, y el incumplimiento de la obligación de separación jurídica de las actividades de generación y distribución de electricidad, constituye una conducta de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, prohibida por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**Segundo.-** Intimar al citado Ayuntamiento para que se abstenga de realizar dicho tipo de conductas en el futuro.

**Tercero.-** Imponer al Ayuntamiento de Benasque una multa de treinta mil euros.

**Cuarto.-** Ordenar al mencionado Ayuntamiento la publicación a su costa, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el “Boletín Oficial del Estado” y en un diario de información general editado en Huesca.

**Quinto.-** Imponer una multa coercitiva de quinientos euros por cada día de retraso en el cumplimiento de ambas publicaciones.

**Sexto.-** La justificación de lo ordenado en esta Resolución deberá realizarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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