

Id. Cendoj: 28079230062005100395
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/11/2005
Nº de Recurso: 315/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a catorce de noviembre de dos mil cinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 315/03 que ante esta Sala de lo

contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales

Sr. Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE BENASQUE

frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado,

contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 7 de abril de 2003

en materia relativa a conductas prohibidas, siendo codemandado ELECTRICA DE ERISTE S.L

representada por la Procuradora D^a Matilde Sanz Estrada, con una cuantía de 30.000 euros. Ha

sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 8-V-2003. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda

mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada, o subsidiariamente la reducción del importe de la sanción.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Igualmente, la codemandada en su escrito, expuso los hechos y los fundamentos de derecho en los que a su juicio encuentra su base la pretensión de que la demanda sea desestimada.

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la codemandada con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando por votación y fallo del recurso la fecha del 8 de noviembre de 2.005 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 7 de abril de 2003 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 416/00 por el que acuerda entre otras cuestiones:

"1. Declarar que la obtención por el Ayuntamiento de Benasque del encargo de la ejecución del Proyecto del Area 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 .

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

3. Imponer al Ayuntamiento de Benasque una multa de treinta mil euros.".

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución impugnada.

TERCERO.- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente se sustenta en la nulidad de pleno derecho del procedimiento .

En concreto denuncia que acordado el sobreseimiento por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 7-X-99 no fue oído antes de dictarse el acuerdo revocando dicho sobreseimiento por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Esta causa de nulidad fue invocada ante la Administración autora del acto, dictándose resolución al respecto por el TDC el 18-I-01, fue valorada por el Servicio de Defensa de la Competencia en el informe-propuesta de 17-IV-02 y fue analizada por el TDC en la resolución que es objeto de este recurso contencioso-administrativo.

Este Tribunal considera que la hoy actora tuvo garantizado su derecho de defensa por cuanto pudo oponer cuantas causas de nulidad contra dicho acto consideró oportunas (y así lo llevó a cabo) en la propia vía administrativa, e igualmente, ante esta Sala en vía contencioso-administrativa, lo que impide estimar su pretensión de nulidad por indefensión.

En cuanto a la omisión de un trámite esencial del procedimiento, la circunstancia de que el acuerdo sobre el que no pudo formular alegaciones se limitase a ordenar la reanudación de la instrucción, sumado a las numerosas actuaciones administrativas que tuvieron lugar en el procedimiento antes y después de dicha omisión, impide considerar la nulidad radical alegada.

CUARTO.- El TDC en el acuerdo impugnado considera, con el Servicio de Defensa de la Competencia, que por la hoy actora se ha realizado una práctica incurso en la prohibición del Art. 7 LDC por: 1º haber presentado el Ayuntamiento actor su oferta económica en la Junta de Compensación, de la que formaba parte, fuera de plazo y verbalmente, tras haber tenido cumplido conocimiento de la presentada por su competidor y denunciante ; 2º no haber separado jurídicamente las actividades de generación y distribución de electricidad, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 14 de la LOSEN .

El artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 de 17 de julio , redactado conforme a la Ley 52/1.999 establece: " Art. 7º . Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. 1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.

b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.

2. Cuando a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones."

El artículo 10 de esta Ley ha previsto la imposición de sanciones por infracción de lo dispuesto en el referido precepto. Ambos preceptos deben ponerse en relación con la Ley 3/1.991 de Competencia Desleal , que en su capítulo II regula los "actos de competencia desleal".

Procede en consecuencia examinar si en los hechos declarados probados concurren las condiciones que la conducta desleal ha de reunir para encontrarse dentro de las previsiones de la LDC.: no cualquier restricción produce un falseamiento de la competencia, solo aquella que produce la eliminación de un posible competidor por medios desleales.

En el acuerdo impugnado el TDC razona como sigue:

1º El Ayuntamiento infringió el Art. 14 de la LOSEN que exige la separación jurídica de las actividades de generación y de 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 (lo que tuvo lugar el día 1 de junio de 1.995) cuando la inscripción tuvo lugar el 18 de diciembre de 1.998. La infracción supuso una ventaja que permitió mejorar su posición competitiva frente a la denunciante, porque obtuvo una ventaja fiscal de casi 19 millones de pesetas sumadas a las bonificaciones fiscales propias de los Ayuntamientos, lo que le permitía reducir o igualar con ventaja el precio de la oferta presentada.

2º El Ayuntamiento utilizó la circunstancia de formar parte de la Junta que debía decidir la adjudicación para no presentar su oferta económica por escrito y una vez conocida la de su competidor realizar la suya verbalmente fuera de plazo. La deslealtad reside en infringir la ley de Contratos de las Administraciones Públicas para lograr la adjudicación mediante el conocimiento previo de la oferta del competidor, obteniendo la adjudicación y expulsándolo del mercado.

3º Tales infracciones del Art. 15.1 de la ley de competencia desleal reúnen los requisitos impuestos por la LDC en su artículo 7 : tienen entidad suficiente para distorsionar de manera grave el funcionamiento competitivo del mercado y tal distorsión afecta al interés público.

La resolución define el interés público "del mantenimiento de un mercado, el de la distribución de electricidad" y añade "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".

La primera alegación relativa al fondo del asunto que formula la recurrente es precisamente la relativa al mercado relevante: la propia actora reconoce que en las fechas en que tuvieron lugar los hechos la liberalización del sector eléctrico había dado lugar a importantes cambios. Esta circunstancia tiene, en contra de los argumentos de dicha parte, un impacto añadido en la trascendencia de la actuación constitutiva de la infracción: la Ley del Sistema Eléctrico no propugnaba la implantación de redes de distribución por los medios utilizados en relación con el Area Fluvial 2, y de la minuciosa relación de hechos junto a los fundamentos de derecho resulta que el mercado que se considera afectado es el de la distribución de electricidad (fundamento jurídico 5.) en una determinada zona de Benasque (fundamento jurídico 7.). Como recuerda la codemandada citando a la Comisión Nacional de la Energía en el informe de 24-II-98 si bien es posible que dos empresas distribuidoras de energía eléctrica puedan actuar concurrencialmente en una misma zona, y competir entre ellas, su actuación debe estar sometida a las reglas de la libre competencia.

En contra de lo alegado, no se trata del mercado de "ejecución de obras de urbanización", pues el concurso convocado por la Junta de Compensación y adjudicado al Ayuntamiento licitaba "la instalación de la red de suministro de energía eléctrica, la obra civil correspondiente y la instalación del alumbrado público... la instalación del suministro de energía eléctrica deberá llegar hasta el punto del terreno donde esté prevista la ubicación de las edificaciones" y el ayuntamiento solicitó a la Diputación General de Aragón autorización para instalar un Centro de Transformación

de energía Eléctrica y una línea eléctrica subterránea de 25 kv.

Respecto de la obligación de separación, la argumentación de la actora se fundamenta en la consideración de su actividad de generación como realizada en régimen ordinario, regulada en el Art. 21 de la ley 40/94, siendo así que la lleva a cabo en régimen especial, sujeto a las previsiones del Art. 26 y siguientes de dicha ley, y así según la D.T. tercera, apartado 4º disponía de un plazo de seis meses para proceder a la separación jurídica de las actividades de distribución y generación en régimen especial.

La obligación de constitución de una sociedad mercantil venía impuesta por la circunstancia de desarrollar una actividad de distribución tanto por la ley 40/94 (art. 16) como por el Real Decreto 2019/1997 (D.T...9).

Se alega que no es procedente la referencia a la infracción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas porque la Junta de compensación no es una administración sino una entidad corporativa de base privada y que en todo caso la infracción la habría cometido la Junta y no el Ayuntamiento.

El art. 127.3 del Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana señala que "La Junta de compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines". La infracción la cometió el Ayuntamiento que fue quién obtuvo la información sobre el proyecto presentado por Eléctrica de Eristre S.L. por ser miembro de aquella y la utilizó para presentar verbalmente la propia directamente relacionada con la de aquella.

Continuando con el análisis de los elementos contemplados por el artículo 7 LDC por la actora se niega afectación del interés público: "considerar que la incidencia en un ámbito territorial tan reducido afecta al interés público es cuando menos atrevido". No puede compartirse tal afirmación: la afectación del interés público a estos efectos no está ligada al tamaño de la infracción o del mercado en el que se lleva a cabo, sino que debe tenerse en cuenta la dimensión del acto de competencia desleal que provoca el falseamiento de la libre competencia. En este caso, se ha llevado a cabo en un momento especialmente sensible (la apertura de un mercado), en un sector especialmente sensible (el de distribución de energía eléctrica) y por un operador que al ser una administración pública está especialmente obligado a velar por los intereses públicos, entre ellos la libre competencia.

En último lugar se alega, con carácter subsidiario, la desproporción de la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes.

La resolución impugnada analiza con detalle en el fundamento jurídico 7 las circunstancias tenidas en cuenta según lo dispuesto en el Art. 10.1 LDC, y los criterios de graduación según el párrafo 2 del mismo precepto, poniendo de manifiesto en principio la extrema gravedad de la conducta (desplazar deslealmente al único competidor en una petición de ofertas de carácter municipal a favor, precisamente, del Ayuntamiento) los efectos de la misma (el valor del presupuesto del Proyecto Técnico es de 154.548 euros) y la reducida dimensión del mercado afectado, moderando la sanción que queda reducida a 30.000 euros.

No se aprecian motivos por los que deba atenderse la solicitud de la recurrente de reducir su importe a 3.000 euros, siendo plenamente ajustado a derecho tanto el

razonamiento del TDC como la cifra importe de la sanción impuesta.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

QUINTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE BENASQUE contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 7 de abril de 2003 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.