

RESOLUCIÓN (Expte. 585/04, Agua Costa del Sol)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Fernando Torremocha y García Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 11 de octubre de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la presente Resolución en el expediente incoado en el Tribunal 585/04 (2.188/00 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, Servicio), que fue iniciado por la denuncia formulada por la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda contra Acosol S.A. (en lo sucesivo, ACOSOL), por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de julio de 2000 la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda denunció ante el Servicio a ACOSOL por presunta infracción de los artículos 1 y 6 LDC. Tras admitir a trámite la denuncia, el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente el 31 de mayo de 2001.

Según la denuncia, ACOSOL, como entidad que tiene atribuido en exclusiva el servicio de suministro de agua *en alta* en la Costa del Sol, siendo la misma también distribuidora de agua *en baja* en competencia con el resto de empresas, ha abusado de la posición dominante que ostenta al discriminar, en el cobro de la tasa de saneamiento integral (que forma parte de la factura de abastecimiento de agua), a las urbanizaciones que tienen contratado el suministro de agua *en baja* con otras empresas distintas de la propia ACOSOL, en este caso Aquagest Sur S.A. (en adelante, Aquagest).

2. Interpuesto recurso por la denunciante el Tribunal, mediante Resolución de 17 de febrero de 2003, estimó el recurso y ordenó al Servicio que completara la instrucción del expediente.
3. El 28 de julio de 2003, tras nueva instrucción, el Servicio acordó un segundo sobreseimiento del expediente.
4. Interpuesto nuevamente recurso por la denunciante, ante el segundo Acuerdo de sobreseimiento del expediente, el Tribunal, por Resolución de 3 de septiembre de 2004, estima el recurso, revoca el Acuerdo de sobreseimiento de julio de 2003 y decide continuarlo abriendo nuevo expediente en esta sede sin devolver el expediente de recurso al Servicio, al entender que éste ha concluido satisfactoriamente su labor investigadora que resulta suficiente para acreditar, de manera indiciaria, la existencia de conductas anticompetitivas.
5. Literalmente, por Resolución de 3 de septiembre de 2004 (Expte. R 584/03, ACOSOL 2) el Tribunal acordó:

“Primero.- Estimar el recurso interpuesto por Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 28 de julio de 2003, por el que se sobresee el expediente nº 2188/00 que tuvo su origen en su denuncia contra ACOSOL S.A. por presunta infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC).

Segundo.- Continuar la tramitación del citado expediente ante este Tribunal, considerando que es objeto del mismo la infracción del artículo 6 LDC que la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda imputa a ACOSOL S.A. consistente en la siguiente conducta: La discriminación de sus competidores en el mercado de distribución en baja al facturarles, como monopolista legal en alta, la tasa de saneamiento integral de acuerdo con el consumo del totalizador, impidiendo que apliquen la tarifa más favorable en función de los contadores individuales de los usuarios, que, sin embargo, el propio ACOSOL S.A. aplica a sus clientes en dicho mercado de distribución de agua en baja.

Tercero.- Poner de manifiesto el expediente a ACOSOL SA, por plazo de quince días, para que, en dicho plazo, pueda formular alegaciones ante este Tribunal y, una vez concluido dicho trámite, continuar la tramitación del expediente sancionador con la proposición de prueba y

solicitud de vista de las partes, de acuerdo con lo que establece el artículo 40 LDC.”

6. En consecuencia, ACOSOL, por escrito de 30 de septiembre de 2004, con entrada en el Tribunal el día 6 de octubre, solicita *“que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y tener por hechas las anteriores alegaciones, reproduciendo los alegatos de defensa mantenidos por esta representación durante toda la instrucción y que se desarrollan ampliamente en los escritos y documentos designados en el cuerpo del presente escrito, a los que nos remitimos a fin de evitar inútiles reiteraciones, y previo los trámites legales se sirva en su día dictar resolución ratificando el Acuerdo de la Dirección General de fecha 28 de julio de 2003, por la que se acuerda el sobreseimiento del expediente 2188/00, por no constituir la conducta de ACOSOL S.A. tipo infractor alguno de los contenidos en el artículo 6 de LDC y en la materia de su específica regulación, lo que se pide en Marbella para Madrid a 30 de septiembre de 2004.”*

Esta pretensión la fundamenta, en resumen, en el régimen legal aplicable que, para el abastecimiento *en alta*, resulta ser el Reglamento del Servicio de Abastecimiento de Agua de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental (BOP nº 200, de 21 de octubre de 1993) que regula en su art. 2 las relaciones entre dicho Servicio y los usuarios, de donde se deduce que, en el presente caso, la denunciante es un supuesto de usuario directo comprendido en el apartado B) del art. 4, que tiene un solo contador (de 250 mm) y una sola conexión a la red general cuya lectura determina la facturación *en alta*.

Además, el art. 30 de dicho Reglamento establece la exigibilidad de facturar, junto con el recibo del agua *en alta*, la tasa de financiación y explotación del saneamiento integral, de lo que sólo puede concluir que la actuación de ACOSOL es ajustada a la normativa legal.

Añade, que ACOSOL no puede facturar dicha tasa de saneamiento en base a los consumos individuales medidos por este tipo de contadores porque en el caso de este expediente no es responsable del suministro domiciliario ni de la gestión de sus redes, pues es Andaluza de Aguas (actualmente, Aquagest S.A.) la responsable y, en consecuencia, quien distribuye dicha tasa entre la totalidad de los usuarios, según contrato con la entidad denunciante de 1 de octubre de 1992, en cumplimiento del acuerdo de la Comunidad de Propietarios Sitio de Calahonda de 22 de julio de dicho año.

Por ello, la pretensión de la denunciante de un trato igual del suministro *en alta* que en régimen *de baja* no cabe porque no hay discriminación alguna al tratarse de situaciones diferentes de las que son responsables empresas distintas.

Además, reitera con detalle lo que informó al Servicio en escrito de 26 de junio de 2003, en el sentido de que si ACOSOL facturase el saneamiento integral como pretende la denunciante, aparte de ser contrario a la legalidad y a toda lógica, le resultaría más beneficioso a ACOSOL.

7. En cumplimiento de la citada Resolución del Tribunal de 3 de septiembre de 2004, con fecha 18 de octubre de 2004, el Secretario del Tribunal acuerda diligencia para la continuación de la tramitación del expediente sancionador de la referencia en la que se nombra Ponente y se incorporan los siguientes documentos, cuyos originales se encuentran en el expediente R 584/03, ACOSOL 2:
 - 1) Copia compulsada de la Resolución de fecha 3-9-04.
 - 2) Copia de la Providencia para cumplimiento de Resolución, de 3-9-04.
 - 3) Escrito de alegaciones, de 30-9-04, formuladas por ACOSOL S.A.
 - 4) Expediente instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia nº 2188/00 (4 tomos).
8. Mediante Providencia de 22 de octubre de 2004, el Tribunal acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que, durante un plazo de quince días hábiles, puedan solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimen necesarias, lo que se comunica al Servicio y se notifica a los interesados.
9. Por Providencia de 14 de junio de 2005, el Tribunal acuerda conceder un plazo de quince días para que las partes formularan conclusiones, habida cuenta de que no procedía el trámite de valoración de prueba por no haberse propuesto ningún medio nuevo ni la celebración de Vista oral por no haberla solicitado ningún interesado.
10. Con fecha 24 de junio de 2005 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de conclusiones de la Entidad denunciante -que había sido certificado en Correos y Telégrafos de Marbella el anterior día 22- y en el que, en términos prácticamente idénticos se recogen las alegaciones ya formuladas con anterioridad, concretamente, en sus escritos de 6 de agosto y 30 de septiembre de 2003 ante el Tribunal y en el escrito

presentado en el Servicio a la propuesta de sobreseimiento, añadiendo ahora en su valoración que la conducta denunciada constituye un abuso de la posición de dominio de ACOSOL S.A., que debe cesar de realizar “*mediante la autorización a las restantes empresas a que facturen la tasa de saneamiento conforme al consumo individual de cada contador*”, solicitando, además, que se imponga a dicha empresa “*la obligación de que facture la tasa de saneamiento en la Urbanización Sitio de Calahonda en baja igual que se realiza en las urbanizaciones que suministra la empresa citada directamente*”.

11. El 7 de julio de 2005 se recibió en el Tribunal el escrito de conclusiones de ACOSOL que se resume en lo siguiente:

ACOSOL no impone el devengo de la tasa ni su concreta aplicación; son las normas legales (Reglamento y ordenanzas fiscales que lo desarrollan de prestación del servicio de saneamiento integral) las que determinan su facturación, estableciendo para ello que deberá hacerse a través del contador totalizador contratado *en alta*.

En el presente caso, ACOSOL sólo tiene vinculación contractual con la entidad suministradora Aquagest Sur S.A., en virtud de póliza de suministro de agua potable en régimen *de alta* número 10/131 (véase anexo nº 6 del escrito de denuncia), por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo tres de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa de prestación del servicio de saneamiento, publicada en BOP de 17 de enero de 1990 (aportado como documento número siete del escrito de alegaciones de 21 de enero de 2001), la obligación de recaudación de la tasa de saneamiento corresponde a la entidad suministradora, Aquagest Sur S.A., quien deberá imputar dicha tasa junto con el abastecimiento a sus usuarios y recaudar la misma e ingresarla en la Mancomunidad o ACOSOL S.A. como destinatarios finales de la misma.

En el supuesto de que la tasa de saneamiento fuera abonada por todos los usuarios del servicio de abastecimiento (unos 5.000, según el propio escrito de denuncia, alegación primera), conforme a sus respectivos volúmenes de consumo de agua potable (lo que tiene su reflejo en los bloques de aplicación), la cantidad ingresada por el concepto de saneamiento sería mayor que la que actualmente se factura e ingresa por el contador totalizador existente.

Por todo ello y según la abundante documentación existente en los autos, solicita el archivo del expediente conforme a los Acuerdos de sobreseimiento de la Secretaría General de Política Económica y

Defensa de la Competencia, de 31 de mayo de 2001, y de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 28 de julio de 2003.

12. El Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria de 21 de septiembre de 2005.
13. Son interesados:
 - Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda
 - Acosol S.A.

HECHOS PROBADOS

1. ACOSOL es una empresa pública creada por la Comisión Gestora de la Mancomunidad, en su sesión del 14 de diciembre de 1993, bajo la forma de Sociedad Anónima, cuyo capital social es 100% de la Mancomunidad, para la gestión de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento de los municipios mancomunados, subrogándose en la posición de la Mancomunidad respecto de los mismos.

En los Estatutos, aprobados por Resolución de 23 de marzo de 1994 (BOJA de 12 de abril), consta como objeto, entre otros, el de la captación, tratamiento, transporte, almacenamiento y distribución, tanto *en alta* como *en baja*, de los recursos hidráulicos disponibles, formalización de contratos de suministro, emisión de facturas, dimensionamiento y fijación de las características de los contadores.

ACOSOL, como tal sociedad, y sus órganos quedan sujetos a la normativa local específica para Sociedades Mercantiles dependientes de Corporaciones Locales (artículo 29 de los Estatutos).

2. La Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda, de carácter jurídico administrativo, inscrita en el Libro de Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, se constituye, por su ubicación, bajo la tutela de los Ayuntamientos de Mijas y Marbella, por tiempo indefinido, con objeto, en lo que se refiere al presente expediente, de velar por la conservación de las instalaciones comunes de la Urbanización, entre las que se incluyen las instalaciones relativas a captaciones de agua, bombeo y red de distribución y de aguas residuales, siendo derecho de cada uno de los miembros, entre otros, el suministro de agua, con arreglo a las condiciones en que dicho servicio se preste por las

entidades suministradoras, estando a cuenta de cada titular el pago de las instalaciones, derechos de enganche y el consumo correspondiente.

Hasta el año 1992, la propia Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda venía prestando el servicio de suministro domiciliario de agua potable a los propietarios de la urbanización, previa adquisición del agua a la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol, a través de una conducción de 250 mm de diámetro, propiedad de la Comunidad de propietarios, facturando a cada uno de los propietarios en base a sus respectivos contadores.

La Asamblea General de la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda, en su reunión de 22 de julio de 1992 (folio 42 del expediente del Servicio), acordó ceder el uso de las instalaciones de suministro de agua a la Empresa Andaluza de Aguas y Tratamientos, S.A. (actualmente Aquagest, S.A.), suscribiendo con ésta el 1 de octubre de 1992, por quince años, un contrato de gestión, reparación, mantenimiento, conservación y administración del suministro domiciliario de agua potable, así como de la red de alcantarillado, en el que en relación con la facturación se establece que el cobro por el suministro de agua se hará de acuerdo con los contadores individuales, directa e individualmente a cada propietario, estando a lo dispuesto en la legislación vigente en lo relativo a los contadores colectivos (folio 16, siempre del expediente del Servicio).

3. Aquagest es la entidad concesionaria del servicio municipal de suministro domiciliario de agua potable o suministro *en baja* en Marbella y Manilva, tal y como consta en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella de 21 de diciembre de 1995, al subrogarse en la posición de Promoción Técnica y Financiera de Abastecimiento de Agua (concesionaria desde el 29 de diciembre de 1992).

Al margen de lo anterior, Aquagest, como se ha dicho en el apartado anterior, mantiene un contrato de gestión, reparación, mantenimiento, conservación y administración del suministro domiciliario de agua potable, así como de la red de alcantarillado, con la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda, entre otras, como se verá más adelante, rigiéndose en dicha actividad por el Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua aprobado por Decreto 120/91.

4. En relación con el suministro de agua hay que diferenciar entre:

.- suministro *en alta*, a grandes consumidores, que se rige por el Reglamento de Prestación del Servicio de Distribución de Agua.

.- suministro *en baja* o distribución domiciliaria, regulada por el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua.

4.1. Suministro *en alta*.

ACOSOL es la única empresa legitimada para el suministro de agua *en alta* y para la gestión del saneamiento integral por y para la Mancomunidad, siendo por tanto la encargada, en exclusiva, de suministrar agua:

.- a los Ayuntamientos mancomunados, entendiéndose por tales todas las zonas del núcleo urbano al que lleguen las redes municipales, o a las empresas concesionarias o gestoras del servicio municipal de abastecimiento de agua, como es el caso de Aquagest en Marbella y Manilva; Mijagua en Mijas; Gestagua en Fuengirola; Ferroser en Estepota; Astosam en Torremolinos y Emabesa en Benalmádena.

.- a los usuarios directos, que incluyen aquellas urbanizaciones ubicadas en sectores no abastecidos por las redes municipales, con un solo contador y una sola conexión a la red general, donde se incluyen: urbanizaciones como Calahonda, Pueblo Andaluz, Caribe Playa, Arcos del Padrón, entre otras.

.- a las empresas suministradoras que compran el agua *en alta* a ACOSOL y la distribuyen *en baja* en las urbanizaciones que abastecen, como Samaura, Linagua y la Quinta.

.- a aquellas empresas que son concesionarias del servicio de abastecimiento de agua municipal y extienden el servicio de abastecimiento donde no llegan las redes municipales, convirtiéndose en usuarios directos.

En cuanto a la forma de facturar el suministro *en alta*, tal y como se refleja en las facturas aportadas al expediente, existen dos bloques de conceptos:

.- Tarifa por Abastecimiento de agua.

De acuerdo con la normativa vigente y en concreto el Reglamento de Prestación del Servicio de distribución de agua, depende del calibre del

contador totalizador, así como del volumen de agua registrada o estimada, según las tarifas aprobadas por Ordenanza.

.- Tarifa por el Servicio de Saneamiento

La recepción y uso del Servicio de Saneamiento Integral es obligatoria para todos los usuarios, así como la participación en su financiación y mantenimiento, con independencia de que el agua utilizada sea de procedencia pública o privada.

Se entiende por usuarios aquéllos conectados directa o indirectamente a los colectores principales o secundarios, es decir, aquéllos que se conectan al saneamiento integral a través de la red de alcantarillado municipal o, directamente, a los colectores del sistema integral, en cuyo caso se considera beneficiario a la unidad urbanística completa, agrupación de usuarios, comunidad de propietarios o figura análoga, así como aquellos titulares de terrenos urbanizados situados en zonas afectadas por el Plan de Saneamiento Integral.

Corresponde a los usuarios, cuya fuente de suministro sea municipal, instalar los contadores del servicio municipal y, a los no suministrados por la red municipal, instalar contadores totalizadores de suministro de agua de las conducciones principales de abastecimiento o en su defecto de contadores totalizadores situados a tal fin en las fuentes de suministro de la urbanización.

En ningún caso pueden considerarse usuarios aislados a quienes formen parte de una comunidad de Propietarios o Urbanización, correspondiendo sólo a los representantes de ésta la titularidad de la Acometida *en alta* y el pago de las facturaciones realizadas según contador general, tal y como establece el Reglamento de Financiación y Explotación del Servicio de Saneamiento Integral.

El hecho imponible es la utilización de los servicios de saneamiento integral, bien por la conexión directa o indirecta a sus instalaciones (tarifa de explotación) o por la utilización de aguas cualquiera que sea su procedencia (tarifa de financiación). De ahí que la tarifa de financiación se cobre a todos los usuarios con independencia de que el suministro de agua sea público o privado (pozos), dependiendo ésta de si se trata de redes municipales o zonas turísticas intermedias, y que la tasa de explotación sólo se facture a aquellos usuarios que se encuentren conectados a la red de saneamiento integral.

La facturación del suministro de agua y del saneamiento se hace de manera conjunta. En el caso de usuarios directos (los que se suministran directamente de las conducciones principales y no a través de las redes municipales de distribución), es la propia Mancomunidad, en esta ocasión ACOSOL, la encargada de su cobro, correspondiendo posteriormente al titular de la acometida o ente gestor en quien delegue distribuir entre los usuarios finales integrantes de la comunidad de propietarios o urbanización lo que le corresponda a cada uno. En el caso de Ayuntamientos o sus empresas concesionarias, ACOSOL cobra sólo el abastecimiento de agua, siendo éstos los encargados de cobrar en nombre de la Mancomunidad la tarifa de saneamiento que corresponda a cada usuario, incluyéndola en los recibos por suministro de agua.

Cuando no hay suministro, ya que el agua procede de fuentes propias, el saneamiento (financiación y explotación) se factura en función del totalizador instalado a la salida de la fuente de suministro.

Por último, en los casos en que el agua es propia y además no se existe conexión con la red de saneamiento, éste se cobra en su vertiente exclusiva de financiación, según consumo del totalizador instalado en la fuente de suministro.

La tarifa municipal que aparece en algunas facturas, al margen de la de abastecimiento y saneamiento, es la establecida en la Ordenanza Fiscal de 17 de enero de 1990, en aplicación del artículo 4.1 del RD 2715/77 y del artículo 5 del Decreto 2809/81, de aplicación en Benalmádena y Marbella, según importe aprobado por cada Ayuntamiento, hoy sólo Marbella.

Así, según la información facilitada por las distintas empresas suministradoras de agua *en baja*, a las que ACOSOL, al igual que ocurre con Aquagest, suministra *en alta*, y, en concreto, de las facturas aportadas por éstas, podemos concluir que:

.- Aquagest (folios 448 a 453): gestiona 6 urbanizaciones en la Costa del Sol, entre ellas la denunciante. En tres de ellas, Cortes del Paraíso, Los Manchones y Calahonda Playa, no se factura la explotación de saneamiento al no estar conectadas a la red de Saneamiento Integral y en las otras tres la tarifa de explotación se cobra por bloques atendiendo al contador totalizador.

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2003)	EXPLOTACION SANEAMIENTO	ABASTECIMIENTO
Cortes del Paraíso	80	58,29	No	Si
Los Manchones	150	63,25	No	Si
Aloha Golf	150	116,3	Si	Si
Calahonda Playa	80	66,13	No	Si
Sitio de Calahonda	250	111,1	Si	Si
Guadalmina	200	115,3	Si	Si
Pueblo Andaluz *	80	116,3	Si	Si

* Según factura aportada por ACOSOL (folio 709)

En concreto, tal y como consta en el Certificado expedido por Aquagest (folio 56), el 3 de marzo de 2000, ACOSOL le cobra las siguientes tarifas, todas ellas coincidentes con las vigentes en ese momento:

Abastecimiento de agua.- 25,80 ptas/m3
 Recargo transitorio.- 11,54 ptas/m3
 Recargo sequía.- 4,25 ptas/m3
 Cuota servicio suministro.- 33750 ptas/mes
 Financiación por cuenta Mancomunidad.- 11,96 ptas/m3
 Cuota servicio explotación.- 230000 ptas/mes
 Explotación saneamiento bloque 1 (<5-150 m3).- 28 ptas/m3
 Explotación saneamiento bloque 2 (5150-10250 m3).- 38 ptas/m3
 Explotación saneamiento bloque 3 (>15400 m3).- 41 ptas/m3

Según consta en dicho certificado, debido a que el consumo medio es de unos 100.000 m3/mes, el 85% del consumo se factura al bloque más caro del saneamiento.

.- Gestagua (folios 457- 460), sólo actúa como concesionaria del Servicio municipal de aguas de Fuengirola, motivo por el cual ACOSOL sólo le factura el abastecimiento de agua, sin tarifa alguna correspondiente al saneamiento.

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2003)
Torreblanca	150	45,1
Depósito 11	250	45,1
Derivación 12	600	45,1
Miramar	300	45,1

.- Samaura (folios 463-469), abastece *en baja* a la Urbanización Caribe Playa de Marbella. ACOSOL venía cobrándole el abastecimiento y la financiación (folio 468) hasta que, en agosto de 2002, la urbanización se conectó a la depuradora de la red de saneamiento integral, momento

desde el cual ACOSOL ha pasado a cobrarle la tarifa de explotación según bloques y diámetro del contador.

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2002)	EXPLOTACION SANEAMIENTO	ABASTECIMIENTO
Caribe Playa	80	117,1	Si	Si

.- Linagua gestiona el suministro de agua a dos urbanizaciones de Marbella con agua procedente de sus propios recursos, motivo por el que ACOSOL no les factura el abastecimiento (folios 475 a 478). Además, en una de las urbanizaciones no se factura la explotación al no estar conectada al sistema de saneamiento integral.

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2002)	EXPLOTACION SANEAMIENTO	Abastecimiento
Linda Vista	80	18,4	No	No
Linda Vista	100	74,71	Si	No

.- Ferroser (folio 484-517) sólo actúa como concesionaria del Servicio municipal de aguas de Estepona, motivo por el cual, al igual que ocurre con Gestagua, ACOSOL sólo le factura el abastecimiento de agua, sin tarifa alguna correspondiente al saneamiento.

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2003)
Voladilla, Bel-Air, Bahía Dorada,	150	45,1
Antón, Retamar, Natura, Parck Beach, Guadalobón, Valle Romano, Costalita	80	45,1
Isdabe, Benamara, Naturaleza	200	45,1
Paraíso Alto, Cancelada, estepota Golf, Guadalmansa	100	45,1
Playa Sol, La Resinera, Las Dunas, Playabella, Arroyo Vaquero, Palomar	40	45,1
La Gaspara	65	45,1
Villas del Mediterráneo, Arena Beach, Albayalde, La Serena, Propaga, Alcazaba	50	45,1
Beverly Hills	20	45,1
Los Tulipanes, Isabel Garden	30	45,1

.- La Quinta abastece 19 comunidades, todas dentro del Conjunto residencial La Quinta, si bien ACOSOL le suministra en dos puntos que confluyen en su depósito acumulador, a partir del cual suministran *en baja* a todas las comunidades, en algunos casos mediante contadores totalizadores (folios 535 a 546 ambos inclusive).

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2002)	EXPLOTACION SANEAMIENTO	ABASTECIMIENTO
Depósito acumulador, 1	250	111,6	Si	Si
Depósito acumulador, 2	300	116,4	Si	Si

.- ACOSOL, por su parte, suministra directamente agua *en alta* a una serie de urbanizaciones, cuyas facturas, aportadas por ella a requerimiento del Servicio (folios 672 y ss), han sido analizadas y resumidas en el siguiente cuadro:

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2003)	EXPLOTACION SANEAMIENTO	ABASTECIMIENTO
La Capellanía	80	59,2	No	Si
Buril Investments	30	71,6	No	Si
Elviria Agua	200	63,39	No	Si
Las Chapas	100	63,6	No	Si
Riviera del Sol	100	58,2	No	Si
Turismo Andaluz	40	69,5	No	Si
Torremuelle	100	113,1	Si	Si
Marina de Casares	50	111,8	Si	Si
Alcazaba Beach	50	126,2	Si	Si
Parque Cementerio	40	126,2	Si	Si
Juncal del Sur	50	114,6	Si	Si
Hacienda Miraflores	100	111,3	Si	Si
La Almadraba	50	116,2	Si	Si
MansiónAlhamar	40	111,7	Si	Si
Pinomark	30	116,7	Si	Si
Club Sierra	100	134,7	Si	Si
El Capricho	50	117,1	Si	Si
Coto de los Dolores	65	117,9	Si	Si
La Alcazaba	50	119,7	Si	Si
Atalaya de Río Verde	100	133,9	Si	Si
Hospital Comarcal	100	117,3	Si	Si
Residencial Algaida	125	156,9	Si	Si

Playas Andaluzas	50	127,8	Si	Si
La Isla	40	124,6	Si	Si
Mijas Beach	30	112,9	Si	Si
Camping Caravaning	50	119,4	Si	Si
Playa Polarsol	50	112,4	Si	Si
Costa Estrella	30	112,1	Si	Si
El Herrojo	250	141,2	Si	Si
Marina del Sol	50	112,05	Si	Si
Hotel Meliá	50	120,08	Si	Si

4.2. Suministro *en baja*.

El suministro *en baja* o domiciliaria puede ser realizado por distintas empresas: Aquagest, Samaura, Linagua, La Quinta, incluso la propia ACOSOL, estando regulado en el Decreto 120/91, que viene a establecer las competencias de la empresa que presta el servicio de suministro en cuanto a la acometida, equipo de medida, etc., así como el sistema de facturación que ésta ha de aplicar de acuerdo con las tarifas aprobadas y según contador individual de cada usuario, pudiendo, no obstante, la empresa colocar contador totalizador, no a efectos de facturación sino de control de consumo y pérdidas, sin que se puedan cambiar los parámetros en función de los que se factura (volumen de agua y contador individual) según la empresa que suministre.

Según declaraciones de ACOSOL, es la urbanización o agrupación de usuarios la que decide si lo que desea es suministro *en alta* (sólo ACOSOL) o si, por el contrario, interesa el suministro domiciliar de agua (ACOSOL o cualquier otra empresa), siendo dicha decisión la que implica el cobro de la tasa de abastecimiento y saneamiento según contador totalizador (alta) o individual (baja), de acuerdo, siempre, con las tarifas aprobadas.

Según Certificado expedido por Aquagest el 3 de marzo de 2000, ésta factura a cada uno de los abonados de la Urbanización una cuota variable de 165 ptas/m³, además de la cuota de servicio de 1452 ptas/vivienda/trimestre.

Analizadas las facturas del suministro *en baja* por parte de ACOSOL que obran en el expediente, y que han sido aportadas por la denunciante (folios 58 a 60), se observa, tal y como se refleja en el siguiente cuadro, que el precio del m³ del agua es incluso más caro para el usuario que el que aplica Aquagest a cada comunero de la Urbanización denunciante:

URBANIZACION	CALIBRE	PTAS/M3 (2000)	EXPLOTACION SANEAMIENTO	ABASTECIMIENTO
Calypso Los Olivos	13	229,65	Si	Si
Nobialek Reiner	20	166,48	Si	Si
Olivo III	13	169,5	Si	Si

5. Según lo anterior, las urbanizaciones que desean el suministro de agua, tienen las siguientes opciones:

.- Solicitar una acometida a la red de conducción principal, suministro *en alta*, con una única póliza de suministro y un solo contador totalizador sobre el que se factura tanto el suministro como el saneamiento, repercutiendo la Comunidad o su representante o gestor posteriormente el importe del agua y saneamiento entre los comuneros. Existe en el expediente constancia de 23 urbanizaciones que actúan de esta manera (folios 678 a 702, ambos inclusive)

.- Solicitar el suministro *en baja* con cualquier empresa suministradora. En este caso, la titular del agua es dicha empresa, a la que se le cobra el agua en función del totalizador, y luego ella repercute la tasa de saneamiento en función de los consumos de cada usuario según su contador individual, de obligada instalación para la suministradora (folios 463 a 469; 475 a 478; 535 a 546 y 703 a 710).

.- Solicitar el suministro *en baja* a ACOSOL, en el supuesto de tener las debidas conducciones e instalaciones para su cesión a ésta. En este caso se contrata una póliza de la que es titular la comunidad (totalizador) y, una vez instalados los contadores individuales a los usuarios, se contratan tantas pólizas individuales como usuarios, facturando el saneamiento en función del agua consumida por cada usuario y las zonas comunes en función del totalizador, pudiendo incluso llegar a contratar la urbanización pólizas individuales para cada servicio comunal.

ACOSOL, por su parte, y según sus propias declaraciones, sólo presta suministro *en baja* a Urbanizaciones y Comunidades de vecinos que, previamente, le ceden las instalaciones o conducciones de abastecimiento, pasando, por tanto, a formar parte del patrimonio de la Mancomunidad, ya que ésta es la única forma en la que puede controlar el abastecimiento a cada usuario, mediante contador individual, y cobrar en base al mismo la tasa de saneamiento. Por el contrario, cuando una urbanización solicita el suministro de agua, sin

cesión de sus instalaciones, se procede a dar de alta una acometida con un contador totalizador, sobre el que se factura el suministro y el saneamiento, siendo la propia urbanización la que procede posteriormente a repercutir el importe entre los comuneros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de este expediente sancionador viene establecido por la Resolución del Tribunal de 3 de septiembre de 2004 que estimó el recurso contra el segundo Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, que no formuló Pliego de cargos, decidiendo el Tribunal, asimismo, continuar la tramitación en esta sede al concluir que el Servicio había completado satisfactoriamente su investigación, como le había ordenado el Tribunal tras estimar también un primer recurso.

De la mencionada Resolución y de la correspondiente tramitación del expediente ante el Tribunal se deducen las siguientes consecuencias que delimitan con precisión el objeto de este expediente: en primer lugar, que los hechos de que trata este expediente no se discuten y ni siquiera se han solicitado nuevas pruebas o la celebración de Vista oral ante el Tribunal ni se han aportado nuevas razones por las partes, por lo que éste considera probados los Hechos Acreditados ante el Servicio que se han transcrito literalmente en el apartado anterior de esta Resolución; y, en segundo lugar, que el fondo de este expediente trata, por tanto, de una cuestión de valoración sobre una regulación que no ofrece otra duda que la planteada: si la distinta forma de facturación de la tasa de saneamiento integral, según el suministro de agua potable se preste por ACOSOL en régimen *de alta* o *de baja*, pudiera constituir un abuso de posición de dominio por resultar discriminatoria para sus competidores y a los clientes de éstos o si, por el contrario, está justificado dicho trato diferente a unas u otras urbanizaciones por la norma reguladora y por cómo hayan decidido éstas contratar los servicios de suministro de agua.

2. Concretamente, el Tribunal, en su última Resolución de 3 de septiembre de 2004, formula la imputación planteada en la denuncia a ACOSOL, como monopolista *en alta*, de discriminar a sus competidores y a los usuarios clientes de éstos en el mercado de suministro *en baja* por negarles la posibilidad de que se les facture el saneamiento según la tarifa más favorable en función de los contadores individuales, en lugar de hacerlo por la tarifa mucho más onerosa del calibre del totalizador (Fundamentos de Derecho 5 y 6 y apartado dispositivo de la citada Resolución).

La Entidad denunciante alega en su escrito de conclusiones, sin citar una sola norma reguladora, en términos prácticamente idénticos a los que figuran en sus escritos anteriores al Tribunal, concretamente, los de fechas de 6 de agosto y 30 de septiembre de 2003 y en el último presentado en el Servicio con ocasión de la segunda propuesta de sobreseimiento, añadiendo ahora en su valoración que la conducta denunciada constituye un abuso de la posición de dominio de ACOSOL S.A., sin mencionar en qué mercado, que debe cesar de realizar *“mediante la autorización a las restantes empresas a que facturen la tasa de saneamiento conforme al consumo individual de cada contador”*, solicitando, además, que se imponga a dicha empresa *“la obligación de que facture la tasa de saneamiento en la Urbanización Sitio de Calahonda en baja igual que se realiza en las urbanizaciones que suministra la empresa citada directamente”* (folios 45 al 47 del expediente del Tribunal).

ACOSOL se defiende de esta denuncia mediante los escritos de alegaciones y de conclusiones que figuran en los folios 13 al 30 y 48 al 55, respectivamente, del expediente del Tribunal, que se resumen en los Antecedentes de Hecho 6 y 11 de esta Resolución, y por los que, según la abundante documentación y pruebas aportadas durante toda la instrucción existente en los autos, solicita el archivo del expediente conforme a los Acuerdos de sobreseimiento del mismo de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 31 de mayo de 2001, y de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 28 de julio de 2003.

En síntesis, ACOSOL (empresa pública dependiente de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental) sostiene que presta el servicio de suministro en exclusiva de agua potable como gestora directa de los servicios de abastecimiento de agua *en alta* y saneamiento integral, según transferencia de competencias que en su día fueron dispuestas por el Ministerio de Obras Públicas a favor de la Mancomunidad, conforme a los Reales Decretos 2.715/77, de 10 de junio, y 2.309/81, de 3 de agosto, y por delegación de los Ayuntamientos mancomunados.

Añade ACOSOL que la Urbanización Sitio de Calahonda, al no estar suministrada por red municipal de agua, tenía contratado el suministro de agua *en alta* con la Mancomunidad a través de una conducción de 250 mm., prestando esta misma, primero, y después, por contrato de 1 de octubre de 1992, Andaluza de Aguas y Tratamientos, actualmente Aquagest, el servicio de suministro domiciliario, *en baja*, a los distintos

propietarios de la Urbanización. Por lo tanto, la Urbanización Sitio de Calahonda está sometida, en lo relativo a la contratación de suministro de agua *en alta*, al Reglamento de Prestación del Servicio de Distribución de Agua de la Mancomunidad, al Reglamento de Financiación y Explotación del Servicio de Saneamiento Integral y a las Ordenanzas Fiscales de Abastecimiento y Saneamiento vigentes, siendo considerada a dichos efectos como un usuario directo, funcionando el contador de 250 mm como contador totalizador a la hora de facturar a Aquagest tanto el abastecimiento como la tasa de saneamiento. Sin embargo, ACOSOL no puede facturar dicha tasa de saneamiento en base a los consumos individuales medidos por este tipo de contadores porque en el caso de este expediente no es responsable del suministro domiciliario ni de la gestión de sus redes, pues es Aquagest la responsable por decisión de la Urbanización denunciante y, en consecuencia, es aquélla la que distribuye dicha tasa entre la totalidad de los usuarios, según contrato con la Entidad denunciante de 1 de octubre de 1992, en cumplimiento del acuerdo de la Comunidad de Propietarios Sitio de Calahonda de 22 de julio de dicho año.

Por ello, concluye ACOSOL que la pretensión de la denunciante de un trato igual del suministro *en alta* que en régimen *de baja* no cabe porque no hay discriminación alguna al tratarse de relaciones contractuales diferentes de las que son responsables empresas distintas.

3. Pues bien, el Tribunal ha de decidir ya definitivamente si ACOSOL ha incurrido en el abuso de la posición dominante en el mercado *en alta* por discriminar a las empresas competidoras y a los clientes de éstas en el suministro *en baja*, al negar la posibilidad de que ACOSOL facture el saneamiento a los usuarios según el calibre de sus acometidas individuales.

Es doctrina consolidada de este Tribunal, de la Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunales Europeos que la constatación de que una empresa ostenta una posición de dominio en un determinado mercado tiene dos consecuencias ya clásicas en el Derecho de la competencia, según estableció el TJCE (Sentencia de 9 de septiembre de 1983, asunto Michelin, caso 322/81): a) declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche; y b) incumbe a la empresa con posición de dominio una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una

justificación objetiva.

Además, como este Tribunal tiene declarado desde antiguo (ver por todas sus Resoluciones de 8 de febrero de 1993, Expte. 318/92, y de 5 de noviembre de 1993, Expte. 53/93) *“el hecho de que la empresa se encuentre en posición de dominio no significa, por tanto, que exista un derecho de los terceros frente a la dominante a exigir un trato exactamente igual. Lo que se prohíbe es que exista una situación de trato discriminatorio, y se entiende por discriminación una desigualdad de trato injustificada. Esto es, se prohíbe la arbitrariedad en el trato llevada a cabo desde una posición de dominio, pero si se motiva y justifica de manera fundada la diferencia de trato, y se comprueba que ese trato desigual respondía a una desigualdad en las situaciones a las que se aplica, no parece que exista ningún tipo de daños a la competencia por parte de la empresa en posición de dominio, ya que no existe una discriminación por razones subjetivas; sino que la diferencia de trato estará plenamente objetivada, de forma tal que, cualquiera que se encontrara en la posición de la empresa discriminada recibiría idéntico trato”*.

En consecuencia, para determinar si existe discriminación en la facturación de la tasa de saneamiento integral por parte de ACOSOL, el Tribunal habrá de analizar la normativa legal existente y la situación de las distintas empresas y usuarios, según sus contratos.

En el presente caso, como consta detalladamente en el apartado de Hechos Probados, ACOSOL es la única entidad que se encarga del abastecimiento de agua *en alta* en la Mancomunidad, es decir, como un monopolio legal pero, para el abastecimiento de agua *en baja*, compite con las demás empresas que operan en el mercado, como es el caso de Aquagest.

La Urbanización Sitio de Calahonda, en uso de su libertad de contratación, eligió a la empresa Aquagest para la gestión del suministro de agua potable *en baja* o domiciliario. La estipulación II del contrato entre ambas entidades dispone: *“1ª Andaluza de Aguas (ahora Aquagest) se compromete a suministrar a la Comunidad «Sitio de Calahonda» el caudal de agua necesario para cubrir sus necesidades de abastecimiento actuales y futuras a través de la conducción, de diámetro 250, propiedad de la Comunidad de propietarios...”*

A su vez, la estipulación III, en su apartado de “Facturación”, determina que *“El cobro por parte de Andaluza de Aguas, por el suministro de agua, se hará de acuerdo con los contadores individuales, directa e*

individualmente a cada propietario. En cuanto a los actuales contadores colectivos se estará a lo dispuesto en la legislación vigente”.

Como consecuencia de lo anterior, la Urbanización Sitio de Calahonda recibe el agua *en baja* de Aquagest, mientras que ACOSOL abastece de agua *en alta* a Aquagest a través de una acometida con un calibre de 250 mm. Por tanto, ACOSOL no suministra directamente a los usuarios de la Urbanización denunciante.

Por otra parte, la forma de facturación del servicio de saneamiento es la misma para el suministro *en alta* o *en baja*, puesto que el Edicto de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, BOP de Málaga de 12 de mayo de 1997, no distingue en cuanto a la tarifa entre suministro de agua *en alta* y *en baja* o entre suministro indirecto y directo. Sólo distingue volúmenes de agua consumidos por bloques y calibre de la acometida de las conducciones de agua, *aplicando las tarifas de financiación y explotación legalmente aprobadas en las Ordenanzas*, atendiendo a lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento de Financiación y Explotación del Servicio de Saneamiento Integral de la Costa del Sol Occidental, de 1986 y en el Real Decreto 2.309/1981, de 3 de agosto, por el que se regula la Ejecución de las Obras de Saneamiento Integral de la Costa del Sol Occidental, en su art. 3, en desarrollo de la competencia exclusiva que dio a los entes locales la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en su art. 25.

Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión, en primer lugar, de que en el presente caso no hay discriminación, sino una normativa reguladora que no distingue la tasa de saneamiento según el suministro se contrate *en alta* o *en baja*, por lo que el trato diferenciado en la forma de facturar ACOSOL el saneamiento según calibres y consumo por bloques, pero tanto se contrate el suministro de agua *en alta* o *en baja* y el contador sea general o individual, está justificado en la mencionada normativa y, consiguientemente, no queda acreditado el abuso de posición de dominio de dicha empresa; y, en segundo lugar, que no le corresponde al Tribunal entrar a valorar si lo solicitado por la Entidad denunciante en su escrito de conclusiones es equitativo, ajustado a la legislación vigente y la mejor alternativa posible (ver en Fundamento de Derecho 2 su pretensión de que se les conceda *“la autorización a las restantes empresas a que facturen la tasa de saneamiento conforme al consumo individual de cada contador”* y, además, que se imponga a ACOSOL *“la obligación de que facture la tasa de saneamiento en la Urbanización Sitio de Calahonda en baja igual que se realiza en las urbanizaciones que suministra la empresa citada directamente”*).

4. Tampoco puede obviarse que la queja de la Urbanización se inició como consecuencia de la subida y establecimiento del sistema de fijación de las tarifas por el citado Edicto de la Mancomunidad de 12 de mayo de 1997 (momento en el que la tarifa correspondiente al saneamiento integral pasa de ser lineal a ser facturada por bloques, dependiendo del consumo, así como del calibre del contador), según puede deducirse de los escritos y pretensiones que la Urbanización plantea ante la Mancomunidad y el Ayuntamiento de Mijas, el 15 de abril de 1997 y el 5 de septiembre del mismo año (folios 143 y ss del expediente del Servicio), en los que solicita que se considere a cada abonado como un usuario *en baja*, facturando según la medición de los contadores individuales y no sobre el totalizador, lo que en su opinión supondría un ahorro de 15 pesetas/m³ al no quedar gravado con la tasa de explotación del saneamiento el agua para riego y otros usos que no vierte al saneamiento.
5. Por todo ello, el Tribunal, tratando de dar a la competencia el mayor juego posible, pero teniendo en cuenta la normativa aplicable en el mercado, las posibilidades que se ofrecían a las partes y las consiguientes relaciones contractuales libremente pactadas en el caso, entiende que no ha quedado acreditada la existencia de la conducta de abuso de posición de dominio imputada a ACOSOL.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, por mayoría,

HA RESUELTO

Único.- Declarar que no ha quedado acreditada en este expediente la conducta imputada a Acosol S.A., incurso en la prohibición del artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

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