

RESOLUCIÓN (Expte. 567/03, Servicios Agua Tenerife)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

Torremocha y García Sáenz, Vocal

Conde Fernández-Oliva, Vocal

Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 23 de septiembre de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 567/03 (2.317/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia formulada por D. Miguel Pérez Rodríguez, D. Gregorio Regalado Ramos y D. Jesús González de Chávez Pérez, en nombre propio, contra Servicios de Aguas del Valle S.A. (SAVASA), Pedro Martín Ledesma e Hijos S.L. (PEMALESA) y Aguas Afonso S.L., por supuestas conductas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) consistentes en la concertación de los precios de compra de agua y el control del canal utilizado para su transporte.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se inició como consecuencia de la denuncia presentada ante el Servicio, recibida el 14 de agosto de 2001, formulada por D. Miguel Pérez Rodríguez, D. Gregorio Regalado Ramos y D. Jesús González de Chávez Pérez, en nombre propio, contra SAVASA, PEMALESA y Aguas Afonso S.L., empresas cuyo objeto social es la distribución y venta de agua de propiedad privada en la isla de Tenerife, que compran a las Comunidades de Agua del valle de La Orotava y venden a los Ayuntamientos para el servicio público (o a las empresas que lo gestionan), a los agricultores y a otros consumidores.

Según la denuncia, las tres empresas denunciadas conciertan los precios de compra del agua y controlan el canal utilizado para su transporte, de forma que los denunciantes -que son partícipes de las Comunidades de Agua Los Realejos y Pino Soler- carecen de otras opciones para su distribución y se ven sometidos a las condiciones impuestas por los denunciados, fundamentalmente en la Comunidad del Canal Aguamansa-Santa Cruz que pertenece a las dos Comunidades de Agua citadas y a las de El Cabezón y Roques de Caramujo.

2. Tras practicar una información reservada, el 9 de septiembre de 2002 el Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC contra SAVASA, PEMALESA y Aguas Afonso S.L.
3. Los hechos que se consideraron susceptibles de constituir infracción de la LDC se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos, formalizado el 20 de junio de 2003 (folios 1.518 al 1.522), en el que se incluyen los correspondientes hechos acreditados, su valoración y una descripción del funcionamiento del sector.
4. Notificado el Pliego a las partes interesadas y formuladas por éstas las alegaciones que estimaron procedentes, el Servicio elaboró el Informe-Propuesta el 30 de julio de 2003 en el que, según lo previsto en el art. 37.3 LDC, constan las conductas observadas y sus antecedentes, los autores y las responsabilidades que les corresponden, así como los efectos producidos en el mercado y la calificación que le merecieron los hechos.
5. El 1 de agosto de 2003 tuvo entrada en el Tribunal el mencionado Informe-Propuesta del Servicio, junto con el expediente sancionador 2.317/01.
6. Mediante Providencia de 17 de septiembre de 2003 el Tribunal admitió a trámite el expediente, asignándole el número 567/03 y poniéndolo de manifiesto a los interesados, con el fin de que pudieran proponer las pruebas que estimaran necesarias y solicitar la celebración de Vista, en los términos del art. 40 LDC.
7. Una vez formuladas alegaciones por los interesados y propuestas las pruebas de que pretendían valerse, el Tribunal dictó Auto, de fecha 11 de junio de 2004, resolviendo sobre las pruebas solicitadas, concediendo un plazo de diez días para la valoración de la prueba documental admitida y declarando no necesaria la celebración de Vista oral.

8. Con fecha 12 de julio de 2004, finalizado el período probatorio, el Tribunal acordó poner de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan sus conclusiones en el plazo de quince días.
9. Mediante Providencia de 22 de julio de 2004, el Tribunal acordó para mejor proveer diligencia solicitando que, en el plazo de diez días, las empresas imputadas aportaran la información relativa a su volumen de ventas correspondiente al agua comercializada en los años 2002 y 2003. Dicho plazo se comenzaría a contar a partir del día 1 de septiembre, una vez concluido el de presentación de conclusiones.
10. Incorporada al expediente la documentación aportada por los interesados, el 13 de septiembre de 2004 se comunicó la finalización de la interrupción del plazo de caducidad del expediente.
11. El Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria de 15 de septiembre de 2004.
12. Son interesados:
 - D. Miguel Pérez Rodríguez
 - D. Gregorio Regalado Ramos
 - D. Jesús González de Chávez Pérez
 - Servicios de Aguas del Valle S.A. (SAVASA)
 - Pedro Martín Ledesma e Hijos S.L. (PEMALESA)
 - Aguas Afonso S.L.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. Las empresas PEMALESA, SAVASA y Aguas Afonso tienen por objeto social la distribución de agua de propiedad privada en la isla de Tenerife. Actúan en el mercado comprando el agua a sus propietarios, normalmente partícipes de Comunidades de Agua, y vendiéndola a los usuarios mayoristas, generalmente ayuntamientos y, en algunos casos, a los agricultores y demás usuarios.
2. El agua alumbrada procedente de las galerías o pozos de los denunciados, situados en el norte de Tenerife y más concretamente en el valle de La Orotava, tiene su salida natural a los puntos de comercialización, entre los que se encuentran ayuntamientos tan

importantes como los de La Laguna y Santa Cruz, a través, fundamentalmente, del Canal Aguamansa-Santa Cruz.

3. Por su parte, los denunciantes son partícipes de las Comunidades de Agua Los Realejos y Pino Soler. A su vez, ambas Comunidades de Agua son partícipes de la Comunidad del Canal Aguamansa-Santa Cruz: la primera, en la proporción de 2/5 partes y la segunda, en 1/5 parte.
4. Los máximos responsables de las tres empresas denunciadas están presentes en puestos tan destacados del Consejo de Administración del Canal Aguamansa-Santa Cruz como la Presidencia, la Secretaría, la Tesorería o la Gerencia y la Vocalía 20 (folios 758 al 775, 823 y 1.539-vuelta).
5. Durante el período comprendido entre los años 1994 y 2000, PEMALESA ha adquirido diferentes cantidades de agua, entre otros, a partícipes de las siguientes Comunidades de Agua: Agua de Los Realejos, El Pastelito, San Antonio, Chimoche y Las Cumbres (folios 92 al 257).
6. Durante el mismo período, SAVASA se ha suministrado, en parte, de partícipes de las siguientes Comunidades de Agua: Los Realejos, Chimoche, Cabezón, El Pastelito y Pinoleres (folios 259 al 333).
7. Por último, y también dentro del periodo comprendido entre 1994 y 2000, Aguas Afonso S.L. ha comprado agua a partícipes de las Comunidades de Agua Cabezón, Chimoche, Pino Soler y Las Cumbres (folios 335 al 375).
8. Por lo tanto, PEMALESA, SAVASA y Aguas Afonso han adquirido agua durante los últimos años a distintos partícipes de las Comunidades de Agua Los Realejos y Pino Soler, además de a partícipes de otras Comunidades no relacionadas con los denunciantes.
9. Durante el período ya mencionado, el precio pagado por pipa de agua (medida de uso generalizado en las Islas Canarias que equivale a 480 litros) por las tres empresas denunciadas a cada uno de los citados suministradores ha sido siempre idéntica para cada Comunidad de Agua. También lo han sido las variaciones de precio que se han producido todos y cada uno de los años, tal y como se refleja en el siguiente cuadro expresado en pts/pipa:

Empresas/Años	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
PEMALESA	18	18,75	18	19	20,25	22	23
SAVASA	18,00	18,75	18,00	19,00	20,25	22,00	23,00
Aguas Afonso	18,00	18,75	18,00	19,00	20,25	22,00	(*)

(*) Dato no disponible.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La única cuestión a dilucidar en este expediente es la que plantea el Servicio en el primer punto de su Propuesta en los términos que literalmente se transcriben:

“Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, consistente en la concertación de precios del agua de las tres empresas distribuidoras denunciadas que además controlan la vía de transporte del agua propiedad de los denunciantes. Se considera responsables de la infracción a las empresas Servicios de Aguas del Valle, S.A. (SAVASA), Pedro Martín Ledesma e Hijos, S.L. (PEMALESA) y Aguas Afonso, S.L.”

2. Ante todo, conviene, pues, resolver que, si bien el Servicio concluye su Informe proponiendo que, junto a la concertación de precios en la adquisición del agua por las tres empresas distribuidoras denunciadas, el Tribunal declare también que estas mismas empresas *“controlan la vía de transporte del agua propiedad de los denunciantes”*. Una afirmación en este sentido había sido aceptada por el Servicio, con base en de la denuncia, en el Hecho Acreditado 2 de su Informe.

El Tribunal no comprende cómo pudo hacer el Servicio esta afirmación en su imputación a la que no hace referencia alguna en la valoración de los hechos acreditados (sí, en cambio, en la descripción del sector), señalando, sin embargo, en su Informe respecto de la prueba que sobre

esta cuestión le fue propuesta que *“no tiene nada que ver con el objeto real de este expediente, es decir, el acuerdo de precios de adquisición de agua entre las tres empresas denunciadas y que es el único hecho aportado en el Pliego”* (esta última afirmación de que sólo existe un cargo la reitera el Servicio en dicho Informe). En consecuencia, no cabe discusión alguna de este aspecto de la propuesta del Servicio que fue objeto indebidamente de un sobreseimiento tácito, pese a la importancia que le otorgaron tanto las partes interesadas en todo momento, como el Servicio en la admisión a trámite del expediente.

Únicamente debe añadirse que no puede olvidarse respecto de esta parte de la denuncia -relativa al supuesto control del Canal Aguamansa-Santa Cruz por las empresas imputadas- la existencia de un indicio significativo no sólo de la concertación de las inculpadas en los precios de compra del agua, sino también de abuso de dominio colectivo, especialmente, en la zona alta del valle de La Orotava. Tal indicio lo constituye la composición del Consejo de Administración de la Comunidad del Canal Aguamansa-Santa Cruz -en el que ocupan cargos destacados a título individual los máximos responsables de las empresas inculpadas (Hecho Probado 4) e, incluso, que la tubería de propiedad municipal Bajante de la Planta es utilizada para abastecer a la Villa de La Orotava por D. Pedro Martín Ledesma (folios 767 y 823)-. Teniendo en cuenta que ambos conductos podían haber sido considerados “instalaciones básicas o esenciales” -en el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 10 de julio de 1991, de que no se puede impedir su uso por los competidores-, la integración vertical existente y la consecuente posibilidad de haber establecido acuerdos o tenido contactos en el mercado estrechamente relacionado del transporte del agua, obligaban a no descartar el análisis de esta conducta denunciada y a hacer las investigaciones oportunas.

3. Procede, pues, resolver la cuestión fundamental planteada por el Servicio de si las imputadas han infringido el art. 1.1.a) LDC, al haberse concertado para aplicar un mismo precio en la adquisición de agua a los propietarios de participaciones de cada Comunidad de Agua del valle de La Orotava durante los años 1994 a 2000, según consta en los hechos acreditados por el Servicio en su expediente y en el Informe con el que se concluye.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal (ver por todas su Resolución de 13 de junio de 2003, Expte. 543/02, Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebús), en los procedimientos en materia de competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción o para descartarla, fundamentalmente, cuando se trata de conductas colusorias. Las

empresas que conciertan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo, como única explicación plausible.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en determinadas condiciones, la prueba indiciaria puede servir para constatar la existencia de unos hechos que constituyen una infracción. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, la aceptación de la prueba de presunciones en derecho punitivo o sancionador exige, en primer lugar, que los hechos base, es decir, los indicios, estén plenamente demostrados, que la relación causal entre los indicios y los hechos presumidos (la concertación de precios) esté suficientemente razonada y, finalmente, que, si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizadas y explicarse la causa de su rechazo. Esta doctrina se contiene, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 174/85 y 175/85, ambas de 17 de diciembre, lo que se complementa con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el sentido de que con tal base cabe imponer sanción.

Dicha Resolución del Tribunal añadía literalmente lo siguiente:

“Es evidente que esa doctrina resulta aplicable a los procedimientos en materia de competencia, de modo que, en numerosas ocasiones, se ha considerado acreditada una infracción consistente en la concertación en materia de precios por la coincidencia y simultaneidad en su variación. Así ocurre, por ejemplo, en la Resolución de 4 de julio de 1988 (Prensa dominical), confirmada por Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997; o bien en la Resolución de 25 de octubre de 1988 (Autoescuelas) o en la de 2 de noviembre de 1988 (Prensa del corazón) que ha sido confirmada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10, 22 y 30 de marzo de 1993 y del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1997; y la de 8 de julio de 1992 (Aceites), confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 1996 y otras.

Más recientemente, el Tribunal ha aplicado la doctrina de los tres requisitos exigibles para admitir la prueba de presunciones en las Resoluciones de 11 de mayo de 1998 (Películas Video), 30 de septiembre de 1998 (Vacunas Antigripales), 18 de diciembre de 1998 (Autoescuelas Collado Villalba), 15 de abril de 1999 (Azúcar), confirmada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de julio y 13 de septiembre de 2002, 4 de junio de 2001 (Hormigón Gerona) y 4 de marzo de 2003 (Autoescuelas Coslada)”.

Por todo lo anterior, en ausencia de prueba directa, es necesario examinar el presente supuesto a la luz de tal doctrina para determinar si del importante indicio de la total coincidencia de precios puede llegarse a la conclusión de que ha existido una concertación o una conducta conscientemente paralela entre las inculpadas.

El primero de los requisitos, es decir, que los hechos básicos o indicios estén plenamente demostrados, resulta indubitado, se desprende de documentos aportados al expediente y es admitido de alguna forma por las imputadas, aunque valorado de forma completamente diferente a lo largo de todo el expediente. Es, en efecto, un hecho probado (número 9 de los Hechos Probados) la aplicación por las tres inculpadas, durante los siete años considerados y para idénticos períodos anuales, de tal igualdad de precios, incluso, al céntimo, aunque sea frecuente que para determinados productos y servicios homogéneos (como el del presente caso) se unifiquen los precios en los casos de competencia perfecta, en su consideración a largo plazo, situación de mercado que obligaba al Servicio a analizar detenidamente las explicaciones alternativas a la colusión que se ofrecían.

Y ello porque el segundo requisito, relativo a la relación de causalidad, también se cumple. Si las tres empresas imputadas establecen idénticamente los precios es altamente probable que este idéntico comportamiento sea debido a que haya habido concertación, acuerdo de los precios o conducta conscientemente paralela, según las reglas de la lógica, como señala el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de julio, 8 de octubre y 7 de diciembre de 1985, entre otras, siguiendo lo dispuesto en el art. 1.253 del Código Civil. Luego el Tribunal ha de concluir que ni se puede negar el hecho base ni se prueba que no exista enlace lógico.

4. Que esta presunción de concertación se convierta en hecho cierto dependerá del tercero de los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional que exige contrastar la presunción alcanzada con las explicaciones alternativas aportadas por las imputadas. Corresponde, por lo tanto, analizar la verosimilitud de las versiones aducidas por las empresas inculpadas por si pudieran resultar válidas para explicar que tal coincidencia en los precios obedece a un comportamiento legítimo.

Dicha explicación alternativa ofrecida por las tres imputadas con la que niegan la existencia de práctica colusoria alguna, puede resumirse sintéticamente en la siguiente forma: a) la coincidencia de precios pagados sólo existe entre determinadas comunidades de agua radicadas en el valle

de La Orotava; b) las dos inculpadas de menor dimensión han de igualar los precios fijados previamente por SAVASA “... pues si no, no podrían adquirir ni una pipa de agua... son los propios partícipes que entregan sus aguas a las empresas competidoras los que exigen que como mínimo paguen los mismos precios, a lo que tienen que acceder dichas empresas, ya que de otra forma perderían proveedores” y, siendo sus principales clientes de los llamados “de chorro fijo”, es imprescindible asegurar las fuentes de suministro; c) tampoco cabe competir ofreciendo mayores precios porque los estrechos márgenes entre los de compra y venta no lo permiten; d) en el valle de La Orotava SAVASA es la empresa líder del mercado (la mayor de la Isla con un 15% de cuota), comercializando 31 millones de metros cúbicos al año, es decir, más de seis veces la cuota de PEMALESA y veinte veces la del agua adquirida por Aguas Afonso, las otras dos denunciadas que siguen su comportamiento; e) SAVASA fija sus precios antes de finalizar el año y para todo el siguiente, es decir, meses antes de que se adapten las otras dos inculpadas, por dos razones: porque está presente en la vertiente sur de la Isla, donde el año agrícola transcurre desde julio a junio, a diferencia de la norte donde corresponde al año natural, y porque participa en las licitaciones de adquisición de agua para los ayuntamientos importantes de la Isla (que son grandes consumidores que suelen pagar el mismo precio) y que se celebran todos los años entre los meses de octubre y noviembre; f) que en una Isla tan pequeña dichos precios son, así, conocidos durante varios meses por los partícipes proveedores (alta transparencia) que los exigen a idéntico nivel –“el precio que corre”- presionando para ello, sobre todo en Comunidades con aforos importantes, como sucede con los precios de temporada de las producciones agrícolas, concretamente en Tenerife; g) que en el expediente no se tiene en cuenta que la igualdad de precios se da sólo para un mismo agua, del mismo valle (La Orotava) que corre por el mismo canal de manera indiferenciada (producto totalmente homogéneo); y h) que son 17 las galerías que vierten su agua al Canal Aguamansa-Santa Cruz, 45 las empresas que se dedican a la compraventa de agua en la Isla y 49 los proveedores de EMMASA (Empresa Municipal de Abastecimiento de Agua de Santa Cruz de Tenerife), el principal cliente de SAVASA.

Frente a esta argumentación no inverosímil, las razones dadas por el Servicio para rechazar en su Informe la explicación alternativa ofrecida por las inculpadas de que la igualdad de precios se debe al seguimiento por las dos empresas de menor dimensión a SAVASA, la líder del mercado, se transcriben literalmente a continuación:

“La identidad de tarifas tampoco puede venir justificada por la existencia de una empresa líder, y el seguimiento de ésta por los demás, ya que del

análisis de los datos sobre cifras de negocios no se desprende la existencia de una sola empresa que ostente una posición tan preponderante que marque los precios a los que posteriormente se ajustan los restantes.”

Pues bien, el Tribunal ha de destacar que no ha alcanzado a comprender en qué datos o argumentos ha podido fundamentar el Servicio tal afirmación o qué entiende por “preponderante”, que no puede ser otra cosa que “superior consideración o fuerza”, porque no cabe que lo hiciera basándose en la alegación que realizaron las dos mayores imputadas, con idénticos párrafos, tras la admisión a trámite del expediente, en el sentido de que se debía sobreseer el mismo por la escasa importancia de las conductas denunciadas.

Por lo tanto, no pudiendo aceptarse esta justificación del Servicio por inexacta, simplista y totalmente insuficiente -que rechazaba la explicación alternativa ofrecida por las inculpadas de que la identidad de precios se debió al seguimiento de los precios del líder del mercado-, dadas las cifras sobre el volumen de ventas suministradas por las mismas en la Diligencia para mejor proveer que acordó el Tribunal para comprobar dicha justificación -que se han recogido en el segundo párrafo de este mismo Fundamento de Derecho y confirman su muy diferente dimensión-, el Tribunal considera que no se cumple el tercer requisito establecido por el Tribunal Constitucional para la validez de la prueba de presunciones y que, en consecuencia, debe declarar no acreditada la existencia de la conducta imputada por el Servicio.

5. El Tribunal entiende, por último, que ello no quiere decir en modo alguno que resulte verosímil la alegación dada por SAVASA de que desconocía, hasta leer la denuncia, la total identidad de los precios pagados por las tres empresas comerciantes durante siete años y de los períodos anuales durante los que rigieron, en virtud de un seguimiento absolutamente automático de sus precios por dos competidores, cuando, además, es admitido por las imputadas que tal igualdad de precios tuvo lugar no durante siete años, sino durante más de cincuenta, y ello sucedía en lo que SAVASA describe como una Isla pequeña. Asimismo, debe insistirse en que la ignorancia de tal seguimiento difícilmente resultaría admisible cuando pudo haber contactos previos entre las inculpadas o sus responsables, como establece la consolidada doctrina sobre esta cuestión y se señala en el Fundamento de Derecho 2, a propósito de la composición del Consejo de Administración de la Comunidad del Canal Aguamansa-Santa Cruz.

Por todo ello, no resultando acreditada la conducta inculpada, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Único.- Declarar que en el presente expediente no ha resultado acreditada la infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, consistente en la concertación de los precios de compra de agua a los propietarios partícipes de las Comunidades del valle de La Orotava, en la isla de Tenerife, que había sido imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia a las empresas Servicios de Aguas del Valle S.A. (SAVASA), Pedro Martín Ledesma e Hijos S.L. (PEMALESA) y Aguas Afonso S.L.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, 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.