

Id Cendoj: 28079230062002100378
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0868/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de abril de dos mil dos.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 868/99 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales D. Pedro Rodríguez Rodríguez, en nombre y representación de FECSA-ENHER I. S.A., 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 29-IX-99 en materia relativa a sanción por conductas prohibidas siendo codemandada Eléctrica del **Llémana** S.L. representada por la Procuradora Sra. Cornejo Barranco con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 26-X-99. 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, termino suplicando se dicte sentencia por la que declare nula la resolución impugnada "declarando el derecho de mi mandante a: Ser reconocido que en ningún caso sus acciones han vulnerado la conducta tipificada en el art. 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, con expresa condena en costas a las partes demandadas si se opusieran".

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.

La representación procesal de la codemandada presentó escrito de contestación a la demanda para solicitar su desestimación.

Cuarto.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la actora y 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 24 de abril de 2.002 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 29 de septiembre de 1.999 por el Tribunal de Defensa de la Competencia por el que en el expediente 442/98 acuerda : "Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el art. 6.2 de la LDC, consistente en la negativa injustificada de energía eléctrica solicitada por **LLEMANA** e imponer sanción a las empresas Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A. responsables de dicha acción. Las sanciones que se imponen son las siguientes: a Hidroeléctrica de Cataluña 15 millones de pesetas. A la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A. 25 millones de pesetas. Intimar a dichas empresas para que cesen en la práctica y se abstengan de realizarla en el futuro".

Con fecha 1 de septiembre de 1998 tuvo lugar la fusión por absorción de Hidroeléctrica de Cataluña S.A. por Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana S.A. Posteriormente esta empresa, ENHER aportó toda la rama de actividad correspondiente al negocio de generación, transporte y distribución de energía eléctrica a FECSA-ENHER I S.A., el 23 de junio de 1.999.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados por el TDC son los siguientes: 1.- El 26-III-96 **Liémana** solicita a HEC un suministro adicional de mil Kw de potencia para suministrar a ciertas empresas de la industria cárnica del valle de **Liémana** . 2.- El 28-III-96 HEC negocia un convenio con las mismas empresas de la industria cárnica del valle citado, en cuya virtud se compromete a construir una línea con capacidad suficiente para cubrir las necesidades de las mismas, que contratan su suministro con HEC. 3.- El 31-V-96 HEC y ENHER contestan a la solicitud de suministro adicional en el sentido de aumentar 500Kw, pero no los otros 500 al estar realizando obras en el valle para mejorar la "alimentación". **Liémana** responde reclamando la totalidad del aumento. 4.- El 30-VII-96 **Liémana** requiere por conducto notarial a ENHER solicitando la negociación de la cuestión, advirtiéndole de que si no se negocia retendrá los pagos que debe liquidarle. 5.- ENHER y HEC solicitan al departamento de Industria de la Generalitat de Cataluña la suspensión del suministro, suspensión que les es denegada. 6.- La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional dicta resolución requiriendo a ENHER-HEC a fin de que procedan a atender la solicitud de suministro en el plazo de 20 días. 7.- La Orden de la CNE es impugnada ante el Ministerio de Industria, que la anula el 12-XI-98 8.- En 1.996 ENHER controlaba una posición mayoritaria del accionariado de HEC.

TERCERO.- El recurrente sostiene que ya desde 1.989 la codemandada, que disponía de un suministro con ENHER para su zona exclusiva del Valle de **Liémana** con una potencia ampliada a lo largo de los años hasta 1350 kw, acude a HECSA que en dicha fecha no tenía relación con ENHER "y por lo tanto eran empresas competidoras" para contratar un segundo punto de suministro de 500 kw abonando por dicho concepto los derechos de acometida, pero no ejecutó los trabajos que reglamentariamente debía asumir por la contratación (la construcción de un tramo de línea de 1800 metros), por lo que quedó en suspenso la materialización del suministro. Sostiene que, en consecuencia, **Liémana** no tenía ninguna relación contractual con HECSA, y esta, sin relación con la codemandada, inició conversaciones para suministrar electricidad a los industriales que no recibían el servicio adecuado. Recibida la solicitud, reconoce que contestó concediendo la primera ampliación, y posponiendo la segunda por imperativos técnicos. Considera que **Liémana** pretendía únicamente "preconstituir argumentos para ser utilizados en las diversas demandas judiciales civiles, y denuncias ante varios Organismos en las que se sitúa en calidad de perjudicado ocultando su falta de voluntad en solucionar las deficiencias de suministro".

CUARTO.- De la lectura de los diversos escritos de la actora resulta que la primera cuestión que se encuentra en la base de la resolución sancionadora, su posición de dominio en el mercado, no es discutida. En todo caso, siguiendo la doctrina que al respecto ha establecido tanto la jurisprudencia del TJUE como el TDC y esta propia Sala, la recurrente, antes y después de la fusión, detentaba en la zona que constituye el mercado relevante tanto potencia económica como independencia de actuación.

Las empresas sancionadas eran las únicas posibles suministradoras de energía eléctrica a la codemandada, constituían al tiempo una unidad económica independiente en cuanto productoras de electricidad y distribuidoras de la misma, introduciéndose como consecuencia de las dificultades sufridas por la distribuidora local en ese mercado como suministradoras finales, eliminando a un competidor en este tramo de la actividad económica.

Una vez establecida la posición de dominio, debe centrarse el examen de la litis en la cuestión que resta, es decir, si la negativa de la actora a aumentar el suministro coincidente en el tiempo con la

negociación de un suministro alternativo por su parte a los clientes de la eléctrica denunciante y hoy codemandada constituye un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Respecto al primer extremo que alega en su defensa la actora, la circunstancia de que, según alega, una empresa era suministradora y no la otra, así como la incidencia a efectos de la tipificación de la conducta y la sanción, debe tenerse en cuenta, como subraya la codemandada, que en la propia escritura de fusión, aparece unido un documento dirigido a la CNMV reconociendo que la integración operativa ha permitido desde 1994 a ENHER y HECSA actuar como una sola empresa tanto en las áreas técnicas como en las comerciales y funcionales.

En cuanto a la no satisfacción de la demanda de suministro, la misma constituye claramente una negativa a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, prevista en el art. 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia si bien resta determinar si la misma fue o no injustificada.

La justificación para la recurrente es doble: en primer lugar, la no realización en una ocasión anterior de obras necesarias para garantizar el aumento de suministro, y en segundo lugar, el impago de las facturas. En cuanto a la primera pierde toda virtualidad como justificación al comprobarse que la propia recurrente efectuó obras que por su coste y envergadura, no queda justificada la exigencia de que fueran llevadas a cabo por quién era un vendedor final de la electricidad. En cuanto a la segunda, los impagos fueron posteriores a los hechos por los que se impone sanción, al igual que los distintos litigios cruzados entre las partes, de los que queda constancia en autos. Finalmente, el hecho que priva a todas estas alegaciones de valor exculpatorio es la celebración por la actora coetáneamente, de contratos para proporcionar a los principales clientes de la codemandada el producto que esta no podía suministrarles adecuadamente precisamente por la actuación de su suministradora..

QUINTO.- La circunstancia de que se hayan dictado resoluciones primero por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y posteriormente por el Ministerio de Industria y Energía en el marco de sus competencias sobre los mismos hechos, no constituye obstáculo alguno para el enjuiciamiento por el TDC y por esta Sala de la actuación litigiosa a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia. En el ámbito de actuación de sus preceptos carece de relevancia que la cuestión técnica se defina como un "acceso a redes" o una "solicitud de aumento de potencia": existe una posición de dominio de determinadas empresas, a su vez suministradoras del producto que comercializa la codemandada denunciante, y con independencia de cual sea el órgano de la Administración central o autonómica competente para resolver sobre la negativa a satisfacer la solicitud de aumento de suministro, los órganos de defensa de la competencia tienen encomendada por la Ley 16/89 la garantía del orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado desde la perspectiva de los intereses públicos.

En el marco de la Ley de Defensa de la Competencia, es preciso demostrar que se ha producido alguna o algunas de las conductas descritas en el artículo 6 como constitutivas de "abuso", incluyéndose la expresión "injustificado" en las tipificadas en las letras b) y c) o "no equitativo", letra a), y en todos los casos se describen conductas sin justificación, como límite a la realización de las mismas.

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

SEXTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 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 FECSA-ENHER I S.A. contra el Acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 29-IX-99 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.