

RESOLUCIÓN (Expte. 448/99, Bassols/Agri)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 25 de octubre de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 448/99 (1819/98 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), con origen en la denuncia de Bassols Energía SA (Bassols) contra Agri Energía Eléctrica SA (Agri) por conducta supuestamente prohibida por el art. 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en exigir el cumplimiento de un acuerdo de reparto de mercados suscrito entre ambas empresas en 1913.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En 1913 dos empresas dedicadas a la producción y distribución de energía eléctrica (hoy Agri y Bassols, respectivamente), entre las que había una relación comercial consistente en que la segunda compraba energía a la primera, firmaron y elevaron a escritura pública un acuerdo de cesión y permuta de instalaciones y líneas, con reparto de los mercados locales de los pueblos en que actuaban para evitar duplicidades en las líneas y las instalaciones. Este acuerdo fue respetado por ambas empresas hasta el año 1952, en que la segunda comenzó a dejarlo de cumplir aunque no lo denunció, situación que se ha prolongado pacíficamente hasta 1998, cuando la primera envió a la segunda un requerimiento notarial recordándole las obligaciones contraídas en 1913 y exigiéndole que las cumpliera, aunque sin haber dejado en ningún momento de suministrarla energía. (Más tarde, Agri interpuso una demanda ante la jurisdicción civil exigiendo a Bassols el cumplimiento del acuerdo suscrito en 1913).

2. Bassols, al recibir el mencionado requerimiento notarial, denunció a Agri ante el Servicio, mediante escrito que tuvo entrada el 5 de junio de 1998, por entender que el acuerdo entre las dos empresas que se suscribió en 1913 es contrario al art. 1 LDC y que, por ello, es también contrario a dicho precepto requerirle para que lo cumpla. El 18 de junio de 1998 el Servicio dictó una Providencia mediante la que acordó admitir a trámite la denuncia e incoar un expediente sancionador en el transcurso de cuya instrucción solicitó un informe sobre el particular a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) que lo emitió el 20 de noviembre de 1998 con las siguientes conclusiones:

¿Esta Comisión considera que los citados acuerdos (los de 1913) pueden ser susceptibles de contribuir a una mayor eficiencia en el ámbito de la actividad de distribución, si evitan la duplicidad de líneas y el mayor coste que ésta produce, y que podría repercutirse finalmente en la tarifa eléctrica, y además debe tenerse en cuenta que la distribución tiene el carácter de actividad regulada y monopolio natural, y que la introducción de la competencia en este ámbito se materializa fundamentalmente mediante el reconocimiento del derecho de acceso de terceros a las redes de distribución.

No obstante, dado que la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, no concede derechos exclusivos en lo que se refiere a las actividades de distribución, esta Comisión entiende que la duplicidad de redes es perfectamente posible, aunque ello no vaya a significar compromiso retributivo alguno por parte del regulador.?

3. El 9 de octubre de 1998 el Instructor formula el Pliego de Concreción de Hechos al que las partes presentan alegaciones. El Servicio, una vez finalizada la instrucción del expediente, el 7 de enero de 1999 lo remite al Tribunal con un Informe-Propuesta en cuya calificación se señala que el mencionado acuerdo implica un reparto del mercado contrario al art. 1 LDC que constituye una práctica prohibida realizada por ambas empresas durante un largo período, de la que se responsabiliza a Agri a partir de la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber exigido su cumplimiento después. La propuesta del Servicio se concreta, entre otros, en los siguientes puntos: a) Que el Tribunal declare que el acuerdo de permuta firmado en 1913 es un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la LDC, que podría ser declarado nulo por el juez civil competente. b) Que el Tribunal intime a Agri para que cese en su intento de exigir el cumplimiento de dicho acuerdo.
4. El 20 de enero de 1999 el Pleno del Tribunal dicta Providencia de admisión a trámite del expediente, en la cual se nombra Ponente y se concede a los interesados el plazo legal para que, de conformidad con el art. 40.1 LDC,

puedan solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. Las partes comparecen en este trámite y el 19 de mayo de 1999 el Tribunal acuerda Auto en el que se resuelve sobre la admisión de la prueba y se decide que la última intervención de los interesados en el expediente sea mediante conclusiones escritas, trámite que finaliza el 20 de julio de 1999 tras la comparecencia en el mismo de ambas partes.

5. El Pleno del Tribunal deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión de 5 de octubre de 1999, encargando al vocal Ponente su redacción.
6. Son interesados:
 - Bassols Energía SA .
 - Agri-Energía Eléctrica SA.

HECHOS PROBADOS

1. El 14 de marzo de 1913 D^a Ángela Carbó y Esteve, dedicada a la producción y suministro de energía eléctrica, a la que ha sucedido en la titularidad empresarial Bassols Energía SA, suscribió un acuerdo de permuta que fue elevado a escritura pública con D. Joaquín y D. Luis Coromina Gispert, dedicados a la misma actividad en una empresa cuya titularidad actualmente tiene Agri-Energía Eléctrica SA.

Mediante el referido acuerdo, la primera cedía a los segundos las instalaciones, redes y conexiones, junto con los permisos y concesiones oportunos, relativos al municipio de Serinyá y el alumbrado público de Banyoles, y se comprometía a cesar en los suministros eléctricos correspondientes. Los segundos, por su parte, cedían a la primera las instalaciones, redes y conexiones, junto con los permisos y concesiones adecuados, relativos a los municipios de Argelaguer y Tornellá, así como el alumbrado público de esta última localidad, cesando en los correspondientes suministros eléctricos. Cada una de las partes quedaba comprometida a no suministrar electricidad a las poblaciones donde la otra tuviese instalado el servicio.

Dicho acuerdo se hacía con la finalidad de evitar una duplicidad de líneas y redes, pues la central hidroeléctrica de la Sra. Carbó estaba situada en Argelaguer, cerca de Tortellá, y la central hidroeléctrica de los Sres. Coromina en Esponellá, muy próxima a Serinyá y Banyoles.

2. Desde el año 1952, al menos, el mencionado acuerdo se ha incumplido repetidamente por parte de Bassols, aunque no lo denunciase, sin que conste

acción alguna por parte de Agri para intentar su observancia hasta el 13 de mayo de 1998, fecha en la que Agri envía a Bassols un requerimiento notarial en el que se hace constar que ésta lleva a cabo actuaciones no permitidas por el acuerdo de 1913, detallándose como tales el que proporciona alumbrado eléctrico a varias calles y urbanizaciones de Banyoles, suministra electricidad a determinados consumidores del municipio de Serynyá y efectúa el suministro eléctrico a determinadas calles, urbanizaciones y usuarios del término municipal de Porqueres, anunciando su futura expansión en este último municipio. Se requiere a Bassols para que proceda de forma inmediata a la observancia del acuerdo de permuta de 1913, cesando los incumplimientos actuados y absteniéndose de otros nuevos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión fundamental que ha de dilucidarse en este expediente es si el pacto mediante el que ambas empresas se repartían los mercados, alcanzado en 1913 dentro del acuerdo de 14 de marzo de ese año que fue elevado a escritura pública, constituye un acuerdo restrictivo de la competencia de los prohibidos por el art. 1 LDC, como denuncia Bassols, propone el Servicio y rechaza Agri.
2. El art. 1 LDC prohíbe, entre otros actos, todo acuerdo que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en el reparto del mercado. Es decir, tal norma proscribiera cualquier acuerdo, entre ellos los de reparto del mercado, que tengan la aptitud de perjudicar la competencia, con independencia de que el perjuicio se haya producido real y efectivamente.
3. El Tribunal considera que el compromiso asumido por las partes, en el acuerdo de 1913, de no suministrar electricidad a las poblaciones donde la otra tuviese instalado el servicio después de permutarse las instalaciones, constituye un claro pacto de reparto del mercado. Su aptitud para perjudicar la competencia dependerá de varios factores, entre ellos de que tal competencia exista realmente en el mercado. Es evidente que durante el largo período en que el sector eléctrico ha estado fuertemente intervenido por la Administración, fuera del mercado y del régimen de competencia que le es propio, un acuerdo de reparto del mercado como el que ahora se examina, establecido para optimizar el uso de instalaciones, ha carecido de esa aptitud de perjudicar la competencia que es exigida en la legislación actual a un acuerdo para que esté prohibido. En el presente caso, además, mientras el acuerdo fue respetado por las partes, es decir, hasta 1952, no existía en España una normativa protectora de la competencia. Por lo tanto, el Tribunal acoge la

conclusión de la denunciada, según la cual el acuerdo de 1913 no ha tenido por objeto ni por efecto perjudicar la competencia y, en consecuencia, considera que no cabe imputar a las empresas suscriptoras del acuerdo haber infringido el art. 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ni procede, por ello, imponer sanción alguna a las partes, como verosimilmente ocurriría en caso contrario.

4. Pero la cuestión elucidada es una, y otra bien distinta que el pacto para repartirse el mercado incluido en el acuerdo de 1913 no sea contrario ahora al art. 1 LDC. En efecto, en la actualidad Bassols dispone de líneas e instalaciones en territorios asignados en el acuerdo de 1913 a la otra parte precisamente porque, incumpliendo dicho acuerdo, las ha venido implementando desde 1952. Si en estas condiciones se pusiera en vigencia el pacto de reparto de mercados suscrito en 1913 la competencia se vería perjudicada porque una de las consecuencias sería que Bassols se vería en la necesidad de levantar sus instalaciones en aquéllos municipios antaño asignados a la empresa de la que hoy es titular Agri. Es verdad que legalmente Bassols no perdería por ello la capacidad de suministro a sus clientes en esos territorios porque la Ley 54/1997 le daría amparo, pero no es menos cierto que los costes para Bassols de esos suministros se verían incrementados tanto por el peaje que ahora se vería obligada a pagar a Agri, como por la repercusión en el coste unitario de los gastos de desmantelamiento a que se habría visto obligada. En definitiva, la situación sería que en los municipios donde ahora suministran dos empresas en competencia, tras la puesta en vigencia del acuerdo de 1913 resultaría que, o bien ya únicamente suministraría una, en un régimen de monopolio de hecho (como acertadamente sugiere la denunciante en su escrito de conclusiones), o bien seguirían suministrando las dos, pero una de ellas con unos costes más altos. La competencia se habría visto, en todo caso, restringida, contrariamente a lo que quiere el art. 1 LDC. El Tribunal considera, pues, que el cumplimiento futuro del pacto de reparto de mercados incluido en el acuerdo de 1913 desencadenaría efectos contrarios a la competencia y, por ello, incurriría en la prohibición del art. 1 LDC. Por todo lo cual, el Tribunal así lo declara, prohibiendo expresamente a las dos partes su cumplimiento y no otorgando la autorización singular solicitada subsidiariamente por Agri, al considerar que ninguno de los requisitos que impone el art. 3 LDC se dan en el presente caso.
5. Con esta resolución se evitan los perversos efectos que tendría en el tiempo presente el antiguo acuerdo y no se responsabiliza de su cumplimiento en el pasado a ninguna de las dos partes, dejando el Tribunal sin considerar, por falta de potestad para ello, la procedencia de incriminar a una parte por exigir a la otra el cumplimiento de un pacto que se declara contrario ahora al art. 1 LDC, cuestión que corresponde resolver a la jurisdicción ordinaria.

6. La mayor parte de las alegaciones de las partes ya han quedado respondidas en las consideraciones precedentes. Hay algunas de la denunciada, sin embargo, a las que el Tribunal completará su contestación seguidamente.

Dice Agri que las prohibiciones del art. 1 LDC no son aplicables a este caso porque el art. 2 LDC dispone que no estarán prohibidas aquellas prácticas que resulten de la aplicación de una Ley, y el supuesto que se ventila en este expediente es de los regulados por la Ley 54/1997 que prevé la liberalización de la actividad de producción y comercialización bajo la existencia de una única red. Esta interpretación es incorrecta porque la Ley 54/1997 no exige que la red sea única. Como la propia CSEN señala en su informe al Servicio (vid. AH 2), *la duplicidad de redes es perfectamente posible*.

La alegación de Agri, según la cual la Resolución de la CSEN de 13 de mayo de 1999 es concluyente respecto a que el acuerdo de 1913 no ha tenido por objeto ni por efecto perjudicar la competencia, puede admitirse aunque advirtiendo que la CSEN ha dictaminado tácitamente al respecto sin pronunciamiento expreso alguno. Pero, en todo caso, el Tribunal ha admitido que el susodicho acuerdo no ha tenido por objeto ni por efecto perjudicar la competencia, si bien advirtiendo que, aunque en pasado fuera así, no lo sería en modo alguno en el tiempo presente o en el futuro.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

Primero.- Declarar que el compromiso asumido el 14 de marzo de 1913 por las empresas de las que hoy son titulares Bassols Energía SA y Agri-Energía Eléctrica SA, en el marco del acuerdo de permuta elevado a escritura pública en la misma fecha, constituye en la actualidad un inequívoco pacto de reparto del mercado de los expresamente prohibidos por el art. 1 LDC.

Segundo.- No otorgar la autorización singular solicitada subsidiariamente por Agri Energía Eléctrica SA respecto del pacto que esta Resolución declara prohibido por el art. 1 LDC.

Tercero.- Advertir a las partes de las responsabilidades en que incurrirán si observan el pacto declarado contrario a la LDC.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo que podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.