

Id. Cendoj: 28079230062004100743
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 10/12/2004
Nº de Recurso: 24/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diez de diciembre de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 24/2002, se tramita, a

instancia de Eléctrica de Cabañas, S.L., representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez

Guillén, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 17 de diciembre

de 2001 (expediente R 469/01), sobre prácticas contrarias a la libre competencia, en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha

intervenido como parte codemandada Unión Fonosa, representada por la Procuradora Dña. Pilar

Iribarren Cavalle, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2002, y la Sala, por providencia de fecha 17 de enero de 2002, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Por escrito de 7 de febrero de 2002 compareció en autos la representación procesal de

Unión Fenosa, y la Sala, por providencia de 19 de febrero de 2002, la tuvo por personada en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración y la parte codemandada formularon, cada una en su turno, escritos de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimaron oportuno

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 9 de diciembre de 2004.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 17 de diciembre de 2001, que desestimó el recurso interpuesto por la sociedad hoy demandante contra el Acuerdo de sobreseimiento de 14 de diciembre de 2000 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) La sociedad demandante, Eléctrica de Cabañas, formuló denuncia el 26 de octubre de 1999, ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), contra Unión FENOSA, SA., y su filial Hidroeléctrica del Zarzo, S.A., por conductas contrarias a los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia

2) El SDC sobreseyó la denuncia por no considerar las conductas denunciadas infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, por Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 14 de diciembre de 2000.

3) El recurso de la sociedad hoy demandante contra el anterior Acuerdo de sobreseimiento fue desestimado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 17 de diciembre de 2001, impugnada en este recurso.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que las empresas denunciadas han infringido los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. El Abogado del Estado y la parte codemandada niegan la existencia de las infracciones y solicitan la confirmación de la Resolución del TDC impugnada.

TERCERO.- Se trata en el presente recurso de examinar si es conforme a derecho la decisión de archivo, adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de una denuncia formulada por la parte actora contra otras empresas eléctricas de la

competencia, por dos posibles infracciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en: a) abuso de posición dominante sancionada en el artículo 6 LDC, y b) actos de competencia desleal, sancionados por el artículo 7 LDC.

CUARTO.- Se admite en la Resolución del TDC impugnada que la codemandada Unión Fenosa ostenta en el municipio gallego de Cabañas una posición de dominio en el suministro de energía eléctrica. El abuso que se denuncia por la actora consiste en que Unión Fenosa suministra toda la energía que necesita, sin ningún tipo de condición, a su filial Hidroeléctrica del Zarzo, SA., mientras que la demandante, cuando necesita un aumento de potencia superior al 10% del crecimiento vegetativo, ha de someterse al criterio de la Dirección General de Energía. Además de esto, por parte de Hidroeléctrica del Zarzo, SA. se impide a la demandante el acceso al Centro de Seccionamiento, donde se encuentra ubicado el entronque de las instalaciones de ambas empresas.

Resulta, sin embargo, que nada de eso está acreditado, ni en el expediente administrativo, ni en el presente recurso.

Como pone de manifiesto el Informe de la Dirección General de Política Energética y Minas (folios 128 a 130 del expediente del SDC), los aumentos de potencia de la demandante y de Hidroeléctrica del Zarzo siguen un régimen normativo distinto.

Los aumentos de potencia de Hidroeléctrica del Zarzo se encuentran dentro del régimen general y son inferiores al 10% de los crecimientos vegetativos (5,93% de aumento en 1998 respecto del año anterior, y 3,92% en 1999 con respecto a 1998), por lo que no necesitan autorización administrativa.

Por el contrario, los aumentos de potencia de la demandante se encuadran dentro de un régimen especial aplicable a aquellas empresas que estaban en funcionamiento en 1997 y que supone una excepción al régimen general, al permitir incrementos de consumo por encima del 10% del crecimiento vegetativo, debiendo mediar autorización administrativa, de acuerdo con la Disposición Transitoria 11ª de la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE). Así, por aplicación de este régimen jurídico, la demandante fue autorizada, por Acuerdo de la Dirección General de la Energía (folios 81 y 82 del expediente del SDC), a un incremento de consumo a tarifa D en 1998, sobre el realizado en el ejercicio de 1997, superior al 10% (el aumento autorizado fue del 50%), con la condición expresa -impuesta en el mismo Acuerdo de autorización- de no utilizar dicho incremento para invadir zonas ya atendidas por la empresa distribuidora colindante, Industria Eléctrica Sucesores de Manuel Leira, SL. (ajena al presente recurso).

Es claro que las empresas eléctricas codemandadas son completamente ajenas al establecimiento de distintos régimen jurídico, en relación con los requisitos a que han de sujetarse las empresas que pretendan incrementos de consumo eléctrico, que es establecido por la LSE y disposiciones reglamentarias de desarrollo, de forma que tal diferente régimen jurídico y concretamente, la sujeción a la necesaria autorización administrativa por parte de la demandante, no pueden por tanto ser calificadas como abuso de posición dominante.

QUINTO.- La conducta de Hidroeléctrica del Zarzo, de impedir el acceso a la recurrente a determinados equipos eléctricos, no ha quedado probada ni en el expediente administrativo, ni en este recurso. No se ha concretado en la demanda -ni menos aún

se ha probado en el recurso- en qué consistieron esos hechos impeditivos que tan vagamente se denuncian, ni cuando se produjeron, ni quienes fueron sus autores.

Existen muchas formas en derecho para acreditar tales dificultades de acceso, revestidas de alguna veracidad, pero la recurrente no ha intentado ninguna de ellas, y ha utilizado para demostrar dichas dificultades -que no explica en que consisten- la prueba de testigos, con las dificultades que comporta debido al alejamiento temporal de los hechos, acaecidos presumiblemente antes de la denuncia, esto es, con anterioridad a 1999. A lo anterior se suma que los testigos propuestos prestan servicios para la empresa Tecnoled, que fue contratada por la misma recurrente. Pero, además de todas las circunstancias anteriores, que debilitan enormemente la eficacia de la prueba testifical para los fines pretendidos, resulta que los tres testigos propuestos por la recurrente ignoran completamente los problemas de acceso que la recurrente pueda haber tenido a las instalaciones eléctricas que comparte con la codemandada Hidroeléctrica del Zarzo, SA., según resulta de sus contestaciones a la pregunta número 6 de las efectuadas por la demandante.

En definitiva, la Sala no tiene por acreditada la existencia de las dificultades de acceso a las instalaciones eléctricas a que se refiere la demanda, de forma que también hemos de mantener que no puede existir ningún abuso de posición de dominio basado en ese hecho no acreditado.

SEXTO.- En cuanto a los actos desleales contrarios al artículo 7 LDC, estos consistirían, de acuerdo con la demanda, en la condonación por parte de Hidroeléctrica del ZARZO, SA., de los derechos de acometida en la contratación de suministro de energía en dos edificios, lo que supone un caso de venta a pérdida que - sigue diciendo la recurrente- es contrario a la LSE y al RD. 2949/1982.

Una primera puntualización consiste en decir que la condonación de los derechos de acometida no está prohibida ni por la LSE, ni por el RD 2949/1982, que es la norma reguladora -en la época de los hechos- de las compensaciones económicas que deben recibir las empresas eléctricas por las instalaciones de extensión para hacer posibles los nuevos suministros.

Desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia, lo determinante ahora es que el artículo 7 LDC atribuye competencia al TDC para conocer de los actos de competencia desleal, que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público. Los actos de competencia desleal a que se refiere el artículo 7 son los contrarios a la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), que prohíbe diversas conductas en sus artículos 6 a 17 (actos de confusión, de engaño, obsequios, actos de denigración, etc), sin que el demandante explique claramente cual de dichos preceptos considera infringidos por las empresas eléctricas codemandadas, aunque de su demanda se deduce que entiende que el acto desleal es la venta a pérdida (artículo 17 LCD), que forma parte de una estrategia encaminada a su eliminación del mercado

Sin embargo, no consideramos que los dos supuestos citados constituyan una venta a pérdida, sino como razona la Resolución del TDC se trata de una campaña promocional que Hidroeléctrica del Zarzo no ha realizado únicamente en Cabañas, sino en otros lugares en los que opera, como Puente deume, donde no compite con la demandante, luego está fuera de toda lógica efectuar dichas operaciones en esta última localidad, si su finalidad fuera la de eliminar a la demandante del mercado. Se

tiene en cuenta que, desde el punto de vista empresarial, la operación de abaratar o condonar los costes de conexión es rentable al generar otro tipo de ingresos, derivados del suministro de energía, con el objetivo de que los usuarios opten por la energía eléctrica frente a otras fuentes distintas de energía.

Por todo lo anterior, entendemos que las empresas codemandadas no han incurrido en ninguna de las infracciones de la LDC que denuncia la actora, con la consiguiente desestimación de su demanda.

SÉPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Eléctrica de Cabañas, S.L., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 17 de diciembre de 2001, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Iltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-