

RESOLUCIÓN (Expt. R 584/03, ACOSOL 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

Conde Fernández-Oliva, Vocal

Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 3 de septiembre de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 584/03 (2188/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la *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 los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), al discriminar en la aplicación de la tasa de saneamiento según la titularidad de la distribución *en baja* del agua en distintas urbanizaciones de la Costa del Sol.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de julio de 2000 tuvo entrada en el Servicio denuncia formulada por *Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda* contra ACOSOL S.A. por presunta infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), al discriminar en la aplicación de la tasa de saneamiento según la titularidad de la distribución *en baja* del agua en distintas urbanizaciones de la Costa del Sol.

2. Por Providencia de 20 de diciembre de 2000 el Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del correspondiente expediente sancionador y, oídas las partes, con fecha 29 de mayo de 2001 acordó el sobreseimiento del expediente.
3. La Entidad denunciante recurrió el citado Acuerdo de sobreseimiento ante el Tribunal, quien por Resolución de 17 de febrero de 2003 estimó el recurso al considerar en su quinto fundamento de derecho que:

“Del estudio realizado se desprende, por lo tanto, que ACOSOL, como sociedad gestora de la función de la Mancomunidad de suministrar el agua a los usuarios, está sometida a las normas que rigen dicho servicio y, por lo tanto, está obligada a suministrar en alta, como usuarios directos, a todas las urbanizaciones situadas en zonas que no se encuentren servidas por las redes municipales, calculando la tasa por saneamiento integral en base al total consumo de la urbanización y sin que ninguna norma le autorice a optar por facturar dicha tasa por el consumo y el calibre de la acometida de cada usuario individual en aquellas urbanizaciones a las que la propia ACOSOL, en competencia con otras empresas privadas, realiza también el suministro en baja.

En este sentido es preciso distinguir entre las funciones de ACOSOL S.A. como sociedad gestora del servicio de suministro de agua en alta a los municipios y a los usuarios directos, para el que actúa como gestora de un servicio público, subrogándose en los derechos y obligaciones de la Mancomunidad, y su actividad de suministro en baja a usuarios finales, función de naturaleza privada en la que actúa en competencia con otras empresas suministradoras de agua en baja. Por ello, la práctica denunciada podría implicar un trato indebidamente discriminatorio e indebidamente ventajoso para los propios clientes, que permitiría a ACOSOL gozar de una ventaja frente a sus competidoras en su actividad privada de suministro de agua en baja. Parece aconsejable que se amplíe la investigación sobre si existe alguna causa que, en cada caso concreto, justifique la diferencia de trato observada y su respectivo alcance y que no sea la ya alegada de contratar con ACOSOL en lugar de con otra empresa suministradora en baja ya que, en otro caso, los hechos denunciados podrían ser constitutivos de una infracción al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por todo ello, resulta necesario que se complete la instrucción con el fin de acreditar convenientemente los extremos expresados. ”

4. El 25 de febrero de 2003 el Director General de Defensa de la Competencia acordó, en cumplimiento de lo indicado en la citada Resolución del Tribunal, la continuación de la instrucción del expediente y el 28 de julio de 2003, tras los actos de instrucción que consideró oportunos, el sobreseimiento del mismo.
5. El 13 de agosto de 2003 la *Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda* presentó ante el Tribunal recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento del expediente 2188/00 citado en el anterior antecedente de hecho.
6. El 2 de septiembre de 2003 el Tribunal solicitó del Servicio el informe requerido por el artículo 48.1 LDC y el expediente seguido en el Servicio, recibándose ambos en el Tribunal el 12 de septiembre de 2003.
7. El 22 de septiembre de 2003 el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados concediendo plazo para la formulación de alegaciones, recibándose el 8 de octubre de 2003 las alegaciones de la *Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda* y el 23 de octubre de 2003 las de ACOSOL S.A.
8. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 21 de julio de 2004, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
9. Son interesados:

- Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización Sitio de Calahonda

- ACOSOL S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Servicio fundamenta el sobreseimiento en la siguiente valoración:

“V.I.- Aplicando todo lo dicho en los apartados anteriores al caso concreto que es objeto de este expediente, podemos concluir:

1.- La Urbanización Sitio de Calahonda al no estar suministrada por red municipal de agua, decidió contratar el suministro de agua en alta con la Mancomunidad a través de una conducción de 250 mm, prestando ella misma primero y después la Empresa Andaluza de Aguas y Tratamientos, actualmente Aquagest, el servicio de suministro domiciliario, en baja, a los distintos propietarios de la Urbanización.

De lo anterior se entiende que 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, 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 tanto el abastecimiento como la tasa de saneamiento y ello en función del volumen del agua que mide dicho contador.

Posteriormente, la empresa Aquagest, con la que la Urbanización tienen suscrito un contrato de gestión y suministro domiciliario de agua potable, factura a cada uno de los comuneros el agua abastecida y la tasa de saneamiento conforme al Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua, aprobado por Decreto 120/91 y según las tarifas que para el suministro domiciliario tiene aprobadas la Mancomunidad mediante la correspondiente Ordenanza Fiscal.

2.- Sin entrar a valorar si las pretensiones de la Urbanización Sitio de Calahonda son ajustadas a las normas y legislación vigentes, lo que no corresponde a los órganos de competencia, pero con el fin de entender mejor el objeto de este expediente, se hace necesario indicar que la queja de la Urbanización se inicia, realmente, como consecuencia de la subida y establecimiento del sistema de fijación de las tarifas de 1997 (momento en el que la tarifa correspondiente al saneamiento integral pasa de ser lineal a ser facturada por bloques, dependiendo del consumo y calibre del contador), tal y como puede deducirse del escrito 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), en los que solicita 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.

3.- Tal y como hemos visto, la Mancomunidad tiene la competencia exclusiva para aprobar, reglamentariamente las tarifas de abastecimiento y saneamiento, siendo la propia Mancomunidad, en este caso Acosol, la encargada de cobrar dichas tarifas, excepto en aquellos casos de suministro a través de las redes municipales, en los que son los propios Ayuntamientos los encargados de recaudar, en nombre de la Mancomunidad, las tarifas de saneamiento, mediante su inclusión en la factura por suministro de agua.

Acosol, al subrogarse en la posición de la Mancomunidad respecto de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento de los municipios mancomunados, viene obligada a suministrar y facturar en alta a los usuarios de acuerdo con los Reglamentos y Ordenanzas aprobados por la Mancomunidad al respecto.

V.II.- Entrando al fondo del asunto, es decir la presunta discriminación realizada por Acosol y que ha sido denunciada:

1.- Manifiesta el denunciante que el trato discriminatorio que Acosol realiza, entre las urbanizaciones a las que suministra en baja frente a las que sólo suministra en alta, se fundamenta en que a las que suministra en baja no les instala el contador totalizador, en contra de lo que exige el artículo 19 del Reglamento de Financiación y Explotación del Servicio de Saneamiento Integral de la Costa del Sol Occidental.

Por su parte el TDC, en su resolución, llega a la conclusión de que Acosol está obligada a suministrar en alta, como usuarios directos, a todas las urbanizaciones situadas en zonas que no se encuentren servidas por las redes municipales, calculando la tasa por saneamiento integral en base al contador totalizador, sin que ninguna norma le autorice a facturar por el calibre del contador individual de cada usuario en aquellos casos en que también suministre en baja. Concluyendo que la práctica realizada por Acosol podría implicar un trato discriminatorio, ventajoso para los clientes y para la propia Acosol, sin que valga como justificación la de contratar con Acosol, en lugar de con otra empresa, el suministro de agua en baja.

2.- En primer lugar, según reiterada jurisprudencia, la discriminación requiere la existencia de un trato desigual ante situaciones de hecho semejantes, es decir que lo que queda prohibido es el trato discriminatorio entendido como una desigualdad injustificada, pero no

el trato desigual cuando éste responde a una desigualdad de situaciones.

En el presente expediente tenemos dos situaciones de hecho diferentes: el suministro de agua en alta y el suministro de agua en baja, en los que tanto la normativa como las tarifas a aplicar son diferentes. Así el suministro en alta exige una sola acometida a un solo titular y un contador totalizador sobre el que se factura, y el suministro en baja por el contrario, exige una póliza y un contador por usuario a los que se factura de manera individual según su propio contador, por lo que no puede hablarse de discriminación por el hecho de que no se trate de la misma manera a aquellos que tienen contratada el agua en alta que a los que la tienen contratada en baja, que es lo que realmente pretende el denunciante en su escrito a la Mancomunidad.

3.- En el caso de suministro en alta (caso de la urbanización denunciante) Acosol, como empresa que se ha subrogado en las funciones de la Mancomunidad, tiene obligación de cobrar el suministro y la tasa de saneamiento en función del contador totalizador que, en este caso, es de obligada instalación para Aquagest o cualquier otra empresa que haya sido elegida libremente por la Urbanización para el suministro en baja, empresa que además queda obligada a repercutir posteriormente el coste del suministro del agua y de la tasa de saneamiento a cada usuario según su contador individual.

Así en las facturas analizadas se ve como Acosol factura los suministros en alta de acuerdo con la normativa vigente y sin discriminación alguna entre aquellas empresas que se encuentran en las mismas condiciones.

4.- En el caso en el que una Comunidad contrata el suministro en baja con Acosol, ésta suscribe primeramente una póliza de la que es titular la Comunidad, por la que se cede a Acosol las conducciones de agua así como el contador totalizador. En este caso es la propia Acosol la que tiene que responder ante la Mancomunidad, en la figura de la propia Acosol, del pago del suministro de agua y de la tasa de saneamiento, al igual que hacen los Ayuntamientos o empresas concesionarias de éstos y el resto de empresas que suministran en baja, además de, como suministradora en baja, repercutir el agua

consumida y la tasa de saneamiento a cada usuario según contador individual que, previamente, haya sido contratado.

Nada impide, tal y como ha declarado Acosol, que una urbanización decida no darse de alta como titular de una acometida de suministro de agua en alta, y solicitar de una empresa el suministro en baja. En este caso, será la empresa elegida la que siendo titular de la acometida abone a la Mancomunidad en la figura de Acosol el abastecimiento y la tasa de saneamiento según el contador totalizador y posteriormente repercuta la tasa de saneamiento a los distintos usuarios de acuerdo con el contador individual que éstos tengan contratado. Este es el caso de las urbanizaciones abastecidas por La Quinta, que recibe el agua de Acosol en dos depósitos y desde ahí suministra a 19 urbanizaciones que tienen contratada con ella el suministro en baja.

Por tanto lo único que podría ser considerado como discriminatorio por parte de Acosol, es que, previamente, no se factura a sí misma el abastecimiento y la tasa de saneamiento en base al totalizador, sino que repercute dichas tarifas a cada usuario según su contador individual, sin que ello suponga una discriminación de trato ni frente al resto de las empresas que, al igual que ella, suministran agua en baja, lo cual queda corroborado por el hecho de que ninguna de ellas haya planteado queja a pesar de haberseles requerido información, ni frente a las urbanizaciones que contratan el agua en baja con cualquier otra empresa distinta de Acosol, ya que tal y como puede desprenderse de las facturas que han sido aportadas al expediente el precio del m³ de agua que Acosol cobra a sus clientes en baja es incluso mayor que el que cobra Aquagest a los comuneros de la Urbanización Sitio de Calahonda.”

2. La Entidad recurrente alega que la instrucción practicada muestra claramente que sólo contratando con ACOSOL el suministro *en baja* pueden los usuarios pagar la tasa de saneamiento integral de acuerdo con su consumo individual de agua. En caso de contratar con empresas diferentes, el saneamiento les será facturado en función del consumo indicado por el totalizador. Como se trata de *tarifas por bloques* las urbanizaciones que no contraten *en baja* con ACOSOL pagarán siempre el tramo más alto.

Alega también que no hay argumento legal alguno en la regulación de tarifas de la Mancomunidad que autorice a ACOSOL a facturar el

saneamiento a los usuarios de las urbanizaciones en las que gestiona el suministro *en baja* según la lectura de sus contadores individuales. Siempre debe existir una entidad entre el suministro *en alta* y el usuario directo que calcule la tasa de saneamiento según el totalizador situado a la entrada de la urbanización.

Según el recurrente esta circunstancia es reconocida por el Servicio cuando afirma en el acuerdo de sobreseimiento: *“Por tanto lo único que podría ser considerado como discriminatorio por parte de Acosol, es que, previamente, no se factura a sí misma el abastecimiento y la tasa de saneamiento en base al totalizador, sino que repercute dichas tarifas a cada usuario según su contador individual”*.

Alega, por último, que cuando el Servicio justifica el sobreseimiento en el hecho de que el precio del agua que cobra ACOSOL a algunos de sus clientes *en baja* sea superior al que pagan los usuarios de la *Urbanización Sitio de Calahonda* está ignorando que el precio del agua depende de muchas variables y que no explica la discriminación en el cobro de la tarifa de saneamiento que se denuncia.

El recurrente solicita, en consecuencia, que se tenga por formulado recurso contra el acuerdo de sobreseimiento y que tras los trámites legales oportunos se declare que la actuación de ACOSOL constituye un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6.

3. El Servicio señala en su informe sobre el recurso que no hay en éste alegaciones diferentes a las que ya presentó el denunciante ante la propuesta de sobreseimiento, por lo que tales alegaciones ya han sido objeto de análisis en el propio acuerdo de sobreseimiento.
4. ACOSOL se remite a los escritos que ha presentado durante la instrucción y que han servido para la adopción del acuerdo de sobreseimiento con cuyos fundamentos dice coincidir.
5. El Tribunal considera que ACOSOL tiene la capacidad de prevalerse en el mercado *en baja* de ventajas de las que goza por la posición de monopolio que legalmente ostenta *en alta*, y que, si lo hace en perjuicio de sus competidores, estará abusando de su posición dominante. Es sabido que si una empresa ostenta una posición dominante *aguas arriba* (nunca mejor empleado el símil fluvial) está obligada a ser muy cuidadosa en el mantenimiento de la competencia en mercados *aguas abajo*.

Si ACOSOL, como sociedad gestora del servicio público de suministro de agua *en alta*, considera que sus clientes *en baja* pueden pagar la tarifa de saneamiento de acuerdo con el calibre de sus acometidas individuales en lugar de la tarifa mucho más onerosa que correspondería al calibre del totalizador, entonces no puede negar la misma posibilidad a los usuarios que reciben el agua *en baja* de una empresa competidora. Si lo niega, desde su posición monopolista *en alta*, estaría incurriendo en un trato discriminatorio a las empresas que compiten con ella en el mercado *en baja* y a los usuarios clientes de sus competidores que solicitan la misma tarifa favorable.

A la vista de lo instruido hasta el momento, el Tribunal estima que la discriminación denunciada parece encontrarse acreditada en el expediente, aunque quedan por examinar los argumentos de la defensa de ACOSOL una vez que conozca los cargos que se formulen.

6. El Servicio ha sobreseído por segunda vez las actuaciones derivadas de la denuncia de la *Urbanización Sitio de Calahonda* al considerar que no existen indicios de infracción de la LDC.

Por segunda vez discrepa el Tribunal de la opinión del Servicio y no por entender que la investigación realizada sea insuficiente, sino por considerar, como se ha dicho, que está debidamente acreditada, de manera indiciaria, la existencia de conductas anticompetitivas, por lo que considera procedente presentar los cargos a la empresa denunciada para que ésta pueda plantear la defensa que considere oportuna.

En consecuencia, debe estimarse el recurso pero sin devolver el expediente al Servicio, que ya ha concluido satisfactoriamente su labor investigadora, continuando la tramitación del expediente ante el TDC. Se trata, en efecto, de una situación análoga a la que se resolvió en los fundamentos de derecho quinto y sexto de la Resolución de este Tribunal de 22 de marzo de 1991 por la que se estimó el recurso de *NCA Electromedicina S.A.* contra el acuerdo de sobreseimiento del expediente seguido contra *General Electric, CGR España, S.A. (Expediente A 8/91)*, Resolución confirmada con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 1994, que desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución que finalmente dictó este Tribunal imponiendo una sanción a la entidad denunciada.

En aquel caso se consideró que en el expediente obraban suficientes datos para que el Tribunal pudiera dictar su Resolución y que no resultaba ni oportuno ni eficaz devolver el expediente al Servicio, ya que éste, o bien se vería obligado a formular una acusación contra su propio criterio, o bien tendría que volver a sobreseer las actuaciones como había hecho ya en dos ocasiones.

Por ello, el Tribunal estima procedente seguir el mismo procedimiento en este expediente, acordando la estimación del recurso, delimitando el objeto del expediente sancionador y concediendo un trámite de alegaciones a la denunciada para que pueda contestarlo. De este modo se satisfacen, por un lado, todas las garantías del denunciado y se respeta la seguridad jurídica de las partes y, por otro, se cumple el principio general de eficacia que debe inspirar la actividad administrativa.

En concreto la conducta objeto del expediente sancionador que se considera imputable a la parte denunciada es la siguiente: 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*.

7. Todo lo cual lleva a este Tribunal a estimar el recurso y revocar el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, a mantener la calificación de los hechos en los términos anteriormente expuestos, a notificar dicha calificación a ACOSOL para que pueda contestarla en un plazo de quince días y a continuar el expediente sancionador, una vez concluido el trámite anterior, con la proposición de pruebas que consideren necesarias las partes y la solicitud, si lo desean, de la celebración de vista.
8. La presente resolución no es susceptible de recurso alguno ya que dispone la continuación del expediente y no produce indefensión.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

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 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.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe ningún tipo de recurso porque dispone la continuación del expediente y no produce indefensión.