

RESOLUCIÓN (Expte. R 393/99, Eléctrica de Eriste)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 25 de octubre de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 393/99, 1711/97 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por Eléctrica de Eriste S.L. contra el Acuerdo de 7 de octubre de 1999, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia que sobresee el expediente iniciado por su denuncia contra el Ayuntamiento de Benasque por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de Octubre de 1997, Eléctrica de Eriste S.L. , al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LDC, denunció al Ayuntamiento de Benasque por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en:
 - 1.1. El Ayuntamiento de Benasque no ha procedido a la separación jurídica de actividades en el sistema integrado prevista en el artículo 14 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante LOSEN).
 - 1.2. El Ayuntamiento de Benasque ha tenido intervención en la Junta de Compensación en cuyo órgano está representado. En el

procedimiento de urbanización del Área Fluvial-2 de Benasque, llevado a cabo mediante el sistema de compensación (en el cual la ejecución de las obras de urbanización corresponde a los propietarios del suelo, constituidos en Junta de Compensación), se concede al Ayuntamiento de Benasque (informado de todas las decisiones de aquella Junta) la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, merced a las presiones del citado Ayuntamiento del cual depende la concesión de todas las licencias de obras y permisos. La denunciante considera que el Ayuntamiento ha abusado de sus facultades.

- 1.3. Petición por parte del Ayuntamiento de Benasque de subvenciones propias y exclusivas de Ayuntamientos con el fin de financiar las obras requeridas para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica. Dichas subvenciones se solicitaron a la Diputación General de Aragón, una con cargo al Fondo Autonómico y otra con cargo al Plan de Electrificación Rural de 1997.
- 1.4. La aprobación del Proyecto Técnico de Centro de Transformación del Área Fluvial-2 y línea de interconexión 25 Kv. vulnera lo establecido en la legislación urbanística y en la LOSEN. Se denuncia por Eléctrica de Eriste que fuese aprobado el citado proyecto por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benasque, declarando a su vez de utilidad pública el mismo, y previendo la ubicación del Centro de Transformación en un terreno de dominio público calificado como zona verde por el Plan Parcial del Área Fluvial-2. Tras la impugnación del Acuerdo del Pleno por Eléctrica de Eriste, se acordó por el propio Ayuntamiento dejar sin efecto el citado acuerdo en el relativo a la declaración de utilidad pública y en b referido a la ubicación del Centro de Transformación en Zona verde.
- 1.5. El Ayuntamiento de Benasque procede a la venta de terrenos del mencionado Área Fluvial-2, destinando los fondos obtenidos a la financiación de las obras necesarias para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica.
- 1.6. En su escrito de denuncia, Eléctrica de Eriste solicita como medida cautelar, que “ se ordene la paralización de la construcción de la línea que por parte del Ayuntamiento se está construyendo, así como la suspensión de la adjudicación del servicio de distribución de energía eléctrica otorgado en favor del Ayuntamiento de Benasque.”

2. De conformidad con el artículo 36.2 de la LDC, con fecha 24 de noviembre de 1997, el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC) inició una información reservada, recabando información del Ayuntamiento de Benasque, de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y de la Junta de Compensación del Área Fluvial-2 de Benasque.
3. Con fecha 30 de septiembre de 1998, el Director del Servicio acordó el archivo parcial, por ausencia de indicios de infracción de la LDC, de las siguientes conductas denunciadas:
 - Respecto a la obtención por parte del Ayuntamiento de Benasque de las subvenciones solicitadas, una con cargo al Fondo Autonómico y otra con cargo a Planer de 1997, al haber constatado que el citado Ayuntamiento no ha recibido ninguna de las ayudas.
 - Respecto a la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de fecha 2 de junio de 1997 del Proyecto Técnico de Centro de Transformación del Área Fluvial-2 y línea de interconexión 25 kv, que calificaba de zona verde y lo declaraba de utilidad pública, ya que el propio Ayuntamiento modificó dicha situación en Acuerdo del Pleno de 25 de julio de 1997.
 - Y, por último, respecto a la venta de terrenos del Área Fluvial-2, destinando los fondos obtenidos a la financiación de las obras necesarias para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica ya que, según lo dispuesto en el Reglamento de Bienes, su destino ha de ser el de inversiones.
4. En el mismo Acuerdo, el Director del SDC disponía la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, por las siguientes prácticas restrictivas de la competencia:
 - ejercicio abusivo por parte del Ayuntamiento de Benasque de su posición de dominio en el órgano rector de la Junta de Compensación, para que se le concediera el suministro de energía eléctrica para el Área Fluvial-2, lo que podría constituir una infracción del artículo 6 de la LDC.
 - incumplimiento por el Ayuntamiento de Benasque de la obligación de separación jurídica de actividades de distribución

de electricidad impuesta por el artículo 14 de la LOSEN, lo que podría constituir un acto desleal prohibido por el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal que, al distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de distribución eléctrica de la zona de Benasque, podría ser perseguible al amparo del artículo 7 de la LDC.

5. Con fecha 26 de octubre de 1998 Eléctrica de Eriste interpuso recurso contra el Acuerdo de archivo parcial del Servicio. El Tribunal, por Resolución de 27 de enero de 1999 (Expte. r336/98), desestimó el recurso.
6. El 7 octubre 1999 el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente y el 28 de octubre de 1999 se recibió en el Tribunal recurso presentado por Eléctrica de Eriste contra dicho Acuerdo del Servicio.
7. Tras recibir del SDC, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, el informe y el expediente 1711/97 correspondientes al recurso presentado, el Tribunal por Providencia de 10 de noviembre de 1999 puso de manifiesto el expediente al interesado para que pudiera formular las alegaciones pertinentes.
8. El 9 de diciembre 1999 Eléctrica de Eriste presentó sus alegaciones.
9. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 10 de octubre de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
10. Es interesado: Eléctrica de Eriste S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con respecto a la denuncia de una conducta desleal del Ayuntamiento de Benasque por incumplimiento de la legislación de ordenación del sector eléctrico por parte del Ayuntamiento de Benasque, el SDC, tras señalar que la Ley de 30 de diciembre de 1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), obliga a los ayuntamientos a constituir sociedades mercantiles para la distribución de energía eléctrica, considera que el Ayuntamiento de Benasque, al figurar inscrito en el Registro Industrial, en la Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica y en el Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica, ha cumplido estrictamente la legalidad vigente, por lo que no puede imputarse comportamiento desleal alguno y, por lo tanto, no puede ser de aplicación el artículo 7 de la LDC.

Alega el recurrente que resulta erróneo deducir de la inscripción en los registros antes mencionados la constitución de una sociedad mercantil ya que ésta sólo puede acreditarse mediante la inscripción en el Registro Mercantil de la correspondiente escritura pública. A este respecto, aporta el recurrente certificación negativa del Registro de la Propiedad de Huesca de fecha posterior al último plazo legal concedido para la constitución de dichas sociedades.

En consecuencia, considera el recurrente que el Ayuntamiento de Benasque no ha actuado conforme a la legislación que impone las obligaciones de separación de actividades y de constitución de sociedad mercantil para garantizar el funcionamiento del sistema eléctrico bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia que establece la Exposición de Motivos de la LOSEN y que esta infracción de norma jurídica le permite mejorar su posición competidora dentro del mercado local de electricidad, en perjuicio de su directo competidor, tanto por las ventajas fiscales derivadas de no constituir sociedad mercantil como por la distorsión de la transparencia que supone desarrollar conjuntamente la producción y la distribución de energía eléctrica.

El Tribunal estima que, en este punto, asiste la razón al recurrente, ya que la Ley de 23 de marzo de 1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece de forma inequívoca en su artículo 11.1 que la sociedades se constituyen mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y que con esta inscripción es como adquiere la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica. Por ello, no cabe descartar, como hace el Servicio, la posible infracción del artículo 7 LDC.

Eléctrica de Eriste denunciaba también, como posible infracción del artículo 6 de la LDC, el ejercicio abusivo por parte del Ayuntamiento de Benasque de su posición de dominio en el órgano rector de la Junta de Compensación, para que se le concediera el suministro de energía eléctrica para el Área Fluvial-2.

El Servicio, en el acuerdo de sobreseimiento, señala que la presencia del Ayuntamiento de Benasque en la Junta de Compensación tiene su fundamento legal en el artículo 158, apartado 4º, del Real Decreto Legislativo de 16 de junio de 1992 y que, al aprobar el plan urbanístico y la concesión del servicio de distribución de energía, el Ayuntamiento de Benasque no ha actuado como operador económico sino en ejercicio de las funciones propias de una Administración Pública, por lo que su actuación sólo puede ser recurrida ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Alega Eléctrica de Eriste S.L. que el Ayuntamiento de Benasque actúa como

un verdadero operador económico en la actividad de distribución de energía eléctrica y que su intervención en la Junta de Compensación ha conllevado un ejercicio abusivo de sus potestades ya que en la Asamblea de la Junta de Compensación del 6 de agosto de 1997 la empresa eléctrica del Ayuntamiento de Benasque presentó una oferta verbal que simplemente igualaba los términos económicos de la oferta que Eléctrica de Eriste había presentado previamente por escrito.

El Tribunal, en su Resolución de 27 de enero de 1999 (expte. r336/98) había ya establecido que “el Ayuntamiento de Benasque realiza este tipo de actividades reuniendo, por tanto, la doble condición de persona jurídica pública dotada de potestades administrativas y de operador económico que actúa como tal en el mercado de producción y distribución eléctrica” y constata ahora que esta doble condición se ha evidenciado en el proceso por el que la Junta de Compensación seleccionó a la empresa que debía suministrar energía eléctrica al Área Fluvial-2.

Dicho proceso comienza con la petición de ofertas que realiza la Junta solicitando que se remita la oferta técnica y económica antes del 28 de julio de 1997 (folios 269 y 271). Consta en el expediente que Eléctrica de Eriste cumplió tal requisito y que la empresa municipal no lo hizo, reservando su oferta económica hasta la Asamblea de la Junta del 6 de agosto de 1997 en la que presentó una oferta verbal que igualaba a la previamente presentada por su única competidora (folios 201 y 268). Los miembros de la Junta, con la abstención del Ayuntamiento de Benasque, acordaron adjudicar el suministro de energía eléctrica a la empresa municipal.

La abstención del Ayuntamiento en el acuerdo de adjudicación no abona la calificación de ejercicio abusivo de sus potestades y, sin embargo, la conducta de la empresa eléctrica del Ayuntamiento de Benasque puede contener elementos que permitan calificarla de desleal.

En definitiva, el Tribunal coincide con el Servicio al no apreciar la existencia de abuso de posición de dominio, con infracción del artículo 6 LDC, pero considera que en el proceso de adjudicación del suministro de energía eléctrica existen indicios de conducta desleal que potencian la posible infracción del artículo 7 LDC ya señalada en el segundo fundamento de derecho.

Por todo ello, el Tribunal considera procedente estimar parcialmente el recurso para que el Servicio investigue si la no inscripción en el Registro Mercantil supone para el Ayuntamiento de Benasque ventajas fiscales y de otro tipo que le habrían permitido igualar la oferta de Eléctrica de Eriste, en la petición de ofertas realizada por la Junta de Compensación donde, además,

el Ayuntamiento de Benasque podría haberse prevalido de su doble condición de operador económico y de autoridad municipal para presentar su oferta incumpliendo los trámites previos que la Junta habría exigido a los posibles ofertantes.

En caso de que estas conductas fuesen estimadas como desleales por el Servicio, deberá valorar también las demás circunstancias que deben concurrir para que el Ayuntamiento de Benasque pueda ser imputado por el art. 7 LDC.

Procede, por otra parte, desestimar el recurso en lo que se refiere a una posible infracción del artículo 6 LDC.

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

HA RESUELTO

Primero: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Eléctrica de Eriste, S.L. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 7 de octubre de 1999, por el que se sobresee el expediente derivado de la denuncia contra el Ayuntamiento de Benasque por infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo: Interesar del SDC que investigue cuanto se señala en los fundamentos de derecho segundo, quinto y sexto de esta Resolución.

Tercero: Desestimar el recurso en cuanto se refiere a una posible infracción por el Ayuntamiento de Benasque del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia confirmando en este punto el Acuerdo recurrido.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la estimación parcial no cabe ningún tipo de recurso al ser un acto que, por decidir la continuación del expediente, no produce indefensión y que la desestimación parcial agota la vía administrativa por lo que sólo contra ella se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.