

RESOLUCIÓN (Expte. 431/98, Eléctrica Curós)

Pleno

Excmos. Sres.:

Hernández Delgado, Presidente en funciones
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Huerta Trolèz, Vocal
Franch Meneu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 5 de mayo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 431/98 (1398/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado por denuncia de Eléctrica Curós S. A. contra Hidroelèctrica de l'Empordà S.A. por supuesta conducta prohibida por el art. 6.d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistente en abuso de posición de dominio mediante una campaña de promoción destinada a eliminar del mercado a la denunciante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Dña. Montserrat Curós Vidal, en nombre y representación de Eléctrica Curós S.A. (en adelante, Eléctrica Curós), al amparo de lo dispuesto en el art. 36.1 LDC, denunció a Hidroelèctrica de l'Empordà S.A. (en adelante, Hidroelèctrica de l'Empordà) por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes en abuso de posición de dominio mediante una campaña de promoción destinada a eliminar del mercado a la denunciante.
2. El 13 de septiembre de 1996 el Servicio acordó el archivo de la denuncia que fue recurrido por Eléctrica Curós el 8 de octubre de 1996.
3. Con fecha 14 de mayo de 1997 el Tribunal dictó Resolución (Expte. r 180/96) y resolvió:

- "1. *Estimar el recurso interpuesto por Dña. Montserrat Curós Vidal, en representación de Eléctrica Curós S.A., contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 13 de septiembre de 1996, por el que se archivan las actuaciones que tuvieron su origen en el escrito presentado por la recurrente contra Hidroeléctrica del Ampurdán S.A., revocando dicho Acuerdo.*
2. *Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados y, si procediere, la formulación del Pliego de Concreción de Hechos que podrían ser constitutivos de infracción de los arts. 6 y 7 LDC.*
3. *Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que investigue, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y, en su caso, incoe los oportunos expedientes sancionadores, si por parte de las compañías productoras de energía eléctrica se están llevando a cabo prácticas contrarias a la libre competencia que produzcan o puedan producir como efecto la expulsión del mercado de empresas que actúen exclusivamente como distribuidores."*
4. En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en la Resolución antes mencionada, el Director General de Defensa de la Competencia acordó, con fecha 21 de mayo de 1997, la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente, lo que se notificó a las partes interesadas.
5. A la vista del resultado de la instrucción se formuló con fecha 10 de noviembre de 1997 el Pliego de Concreción de Hechos. En el mismo se consideraba tanto que Hidroeléctrica de l'Empordà tiene una posición dominante en el mercado del suministro de energía eléctrica en la localidad de Santa Pau (ya que suministra al 66,5% de los abonados de dicha localidad, lo que se une al hecho de que es además la suministradora de la energía eléctrica a su competidora), como que dicha empresa ha abusado de dicha posición de dominio al aplicar a determinados clientes de un competidor condiciones comerciales no equitativas, conducta tipificada como infracción en el art. 6.2.a) LDC. Todo ello falsamente amparado en un programa de incentivación de la gestión de la demanda de energía eléctrica promovido por el Ministerio de Industria y Energía y con el objeto de incrementar su cuota de mercado en detrimento de su competidor.

En dicho Pliego asimismo se considera que la aplicación del art. 7 LDC sería precisa en el caso de que se llegara a la conclusión de que Hidroeléctrica del Ampurdán no goza de posición de dominio, puesto que el que para 12 abonados de Eléctrica Curós, de los 18 que cambiaron de compañía

eléctrica, el importe del obsequio superase el importe pagado por el consumo anual del período anterior a la campaña puede constituir un acto desleal de los contenidos en los arts. 8 y 14.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que ha afectado a las condiciones de funcionamiento del mercado, de modo que, en caso de que las conductas recogidas en los Hechos Acreditados no constituyeran infracción del art. 6, podría ser de aplicación lo previsto en el art. 7 LDC.

En consecuencia, se señalaba que los hechos acreditados podrían determinar la existencia de conductas prohibidas por los arts. 6 y 7 LDC, consistentes en llevar a cabo una campaña de promoción destinada a eliminar del mercado a la denunciante, no basada en la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 20 de enero de 1995. De las anteriores conductas se consideraba responsable a Hidroelèctrica de l'Empordà.

6. El Pliego de Concreción de Hechos fue contestado por Hidroelèctrica de l'Empordà haciendo, en esencia, las siguientes alegaciones:
 1. Es falso que Eléctrica Curós reciba el suministro eléctrico únicamente de Hidroelèctrica de l'Empordà, ya que tiene concertada otra póliza de suministro con la empresa Eléctrica Bassols. Por lo tanto, no se puede hablar de relación de dependencia de Eléctrica Curós respecto a Hidroelèctrica de l'Empordà.
 2. Hidroelèctrica de l'Empordà llevó a cabo una campaña comercial durante los meses de abril, mayo y junio de 1995. Dicha campaña también fue efectuada por Eléctrica Curós: "nosotros también nos hemos visto obligados a hacerles regalos y así, por ejemplo, ofrecemos acometidas nuevas a la gente que las quiere instalar". Los beneficiarios de la campaña de Hidroelèctrica de l'Empordà no sólo fueron los clientes de Eléctrica Curós, sino también sus propios clientes.
 3. Los incentivos que se preveían en la Orden de 20 de enero de 1995 se especificaban en su art. 3.b): "Actuaciones en mejoras de equipos de calefacción, refrigeración y electrodomésticos ..."; y 3.e) "Actuaciones en reducciones de pérdidas en distribución de energía". Dicha Orden Ministerial no especificaba en modo alguno cómo debían realizarse dichas actuaciones por lo que Hidroelèctrica de l'Empordà optó por mejorar las instalaciones obsoletas a todas aquellas personas que lo solicitaran y efectuar regalos por el sistema de sorteo.
 4. El mercado relevante no es Santa Pau, sino toda la comarca de la Garrotxa donde Eléctrica Curós suministra electricidad a varias

localidades de dicha comarca, en las cuales también está presente Hidroelèctrica de l'Empordà, que, si bien no cuenta con abonados en dichas localidades, sí que tiene extendidas líneas de alta tensión que permitirían suministrar a cualquier persona que así lo solicitase. Por lo tanto, Hidroelèctrica de l'Empordà no ostenta una posición de dominio sobre el mercado relevante, ya que Eléctrica Curós tiene el 52,8% del mercado. Además, la posición de dominio se debería de valorar en función de la facturación y no por el número de abonados. Eléctrica Curós gana por kilovatio tres veces más de lo que gana Hidroelèctrica de l'Empordà por lo mismo.

5. No ha habido abuso de posición de dominio porque la campaña estaba dirigida a todos los abonados sin excepción, sin intención de causar daño a un competidor. En un mercado como el de este caso, cualquier cliente que se gane será a costa del competidor, lo cual no significa que la voluntad del actor sea la de causar daño, sino la de aumentar su cuota de mercado.
6. Es importante analizar el tipo de mercado para poder determinar las responsabilidades o las causas subyacentes en las actuaciones de las empresas implicadas. Hay que tener en cuenta dos aspectos importantes:
 - a) La demanda en el mercado de energía eléctrica es inelástica, es decir, la variación en el precio del kilovatio no se corresponde con una variación en la demanda de energía eléctrica.
 - b) Las tarifas de energía eléctrica vienen determinadas por Ley, luego el único método para poder captar clientela es el sorteo, los regalos y las inversiones en material eléctrico que permitan gestionar la demanda de un modo racional.
7. Es de aplicación la modificación del art. 1 LDC, por el Real Decreto de 7 de junio de 1996 según el cual aquellas conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, podrán considerarse exentas. En este caso nos hallamos ante una reclamación por la pérdida de 18 abonados que suponen una facturación anual que no llega ni a un millón de pesetas.
7. Declaradas conclusas las actuaciones, la Instructora procedió a redactar el informe previsto en el art. 37.3 de la Ley 16/1989. En dicho informe, de fecha 28 de abril de 1998, se propone al Tribunal que dicte Resolución y que, entre otros pronunciamientos, declare que la actuación acreditada de Hidroelèctrica

de l' Empordà consistente en llevar a cabo una campaña de promoción destinada a captar los clientes de la denunciante constituye un acto restrictivo de la competencia prohibido por el art. 6 LDC o, subsidiariamente, al que resulta de aplicación el art. 7 LDC.

8. Recibido el expediente el 30 de abril de 1998, el 12 de mayo de 1998, el Presidente de este Tribunal D. Amadeo Petitbò Juan manifestó al Pleno su intención de abstenerse de intervenir en el citado expediente por concurrir la causa de los arts. 28.2.a) y c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que fue aceptada.
9. Mediante Providencia de 18 de mayo el Tribunal acordó, de conformidad con lo establecido en el art. 39 de la LDC, admitirlo a trámite, designar Ponente y conceder plazo a los interesados para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
10. Los interesados en el expediente evacuaron el trámite y mediante Auto de fecha 23 de octubre de 1998 el Tribunal acordó admitir y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas, denegar otras y celebrar vista.
11. Finalizado el plazo concedido para la práctica de la prueba, con el resultado que obra en el expediente, mediante Providencia de 10 de diciembre de 1998 se concedió plazo para la valoración de la prueba, en el que los interesados formularon sus correspondientes escritos.
12. Mediante Providencia de 3 de marzo de 1999 se señaló como fecha de celebración de la vista el día 25 de marzo siguiente. En la vista, celebrada en la sede del Tribunal, el Letrado de la denunciada planteó dos cuestiones previas que consideraba motivos de suspensión del acto: la primera, la existencia de una querrela criminal entre las mismas partes, en la misma posición procesal y sobre el mismo asunto, presentada por Eléctrica Curós en el Juzgado de Instrucción nº 35 de Madrid, lo que, en aplicación del art. 55 de la LDC, obligaría a la suspensión de la Vista; la segunda, que el Sr. Petitbò, si bien está abstenido en este expediente, no lo estuvo en el de recurso (Expte. r 180/96) que fue estimado, por Resolución de 14-5-97, del acuerdo de archivo del Servicio de la denuncia que ahora se está examinando. El Tribunal no aceptó ninguna de las cuestiones planteadas como motivos para suspender la vista, sin perjuicio de que se respondan en la Resolución.

A continuación, intervinieron las partes interesadas en el procedimiento, manteniendo el Servicio su informe-propuesta, en cuanto a las conductas imputadas y a las medidas propuestas, solicitando la Letrada de la denunciante que se mantuviese la propuesta sancionadora del Servicio y el de la

denunciada invocando la inocencia de la misma, solicitando que no se les imputase ninguna conducta prohibida y que, en todo caso, no se le impusiese sanción.

13. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de 13 de abril de 1999, encargando al Vocal Ponente redactar la correspondiente Resolución.
14. Son interesados:
 - Eléctrica de Curós, S.A.
 - Hidroelèctrica de l'Empordà, S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos que no son discutidos por las partes:

1. El suministro de energía eléctrica a la población de Santa Pau, lugar donde se centra el conflicto lo realizan las empresas Eléctrica Curós (con 286 abonados antes del conflicto y 268 después) e Hidroelèctrica de l'Empordà (con 515 abonados antes del conflicto y 533 después).
2. Eléctrica Curós recibe el suministro para sus abonados de Hidroelèctrica de l'Empordà (ésta tampoco es productora de electricidad, sino tan sólo distribuidora) la cual, a su vez, recibe el suministro de ENHER, en cuyo grupo está integrada.
3. Hidroelèctrica de l'Empordà llevó a cabo una campaña promocional en la localidad de Santa Pau durante los meses de abril, mayo y junio de 1995, en la que 67 usuarios sustituyeron o mejoraron sus instalaciones, 49 que eran ya clientes de Hidroelèctrica de l'Empordà y 18 que anteriormente eran clientes de Eléctrica Curós.

Hidroelèctrica de l'Empordà regaló a cada uno de los 18 antiguos clientes de Eléctrica Curós, que pasaron a ser sus clientes, los siguientes electrodomésticos:

- 3 microondas, por valor de 30.787 ptas cada uno.
- 2 microondas, por valor de 31.157 ptas cada uno.
- 5 secadores, por valor de 29.167 ptas cada uno.
- 2 secadores, por valor de 29.255 ptas cada uno.
- 1 secadora, por valor de 28.584 ptas.

- 3 lavadoras, por valor de 31.529 ptas cada una.
- 1 lavadora, por valor de 32.851 ptas.
- 1 lavadora, por valor de 30.898 ptas.

De sus 49 antiguos clientes que mejoraron sus instalaciones, sólo 12 obtuvieron regalos consistentes en planchas (2.600 ptas), calefactores, bombillas, fluorescentes, etc., por importes que van desde las 970 ptas (bombillas) a 13.746 ptas (calefactor+plancha+bombillas).

4. Para los 12 abonados de Eléctrica Curós, de los 18 que cambiaron de compañía eléctrica, el importe del obsequio superaba el importe pagado por el consumo anual del período anterior a la campaña (folios 287 a 324 del expediente del Servicio).
5. Eléctrica Curós perdió el 6,3% de sus abonados como consecuencia de la campaña promocional llevada a cabo por Hidroelèctrica de l'Empordà.
6. Hidroelèctrica de l'Empordà realizó campañas similares en otras poblaciones donde es la única compañía suministradora de energía eléctrica, pero en la campaña comercial que realizó en 1995 en diferentes poblaciones de Girona, de 177 obsequios, sólo 6 superaron las 10.000 ptas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de examinar el fondo del asunto es necesario resolver tres cuestiones previas planteadas por Hidroelèctrica de l'Empordà: a) la realización de determinadas pruebas no practicadas; b) la existencia de un procedimiento penal por los mismos hechos; c) la existencia de causa de abstención del Presidente del Tribunal en el momento de dictar la Resolución de 14 de mayo de 1997.
2. En su escrito de 30 de diciembre de 1998, Hidroelèctrica de l'Empordà solicitó la práctica de determinadas pruebas documentales pedidas anteriormente ante el Servicio y que no se habían realizado.

En relación con esta cuestión hay que indicar que, como se señala en el Antecedente de Hecho número 9, por Providencia de 18 de mayo de 1998 el Tribunal dio a los interesados plazo para proponer las pruebas que estimaran necesarias e Hidroelèctrica de l'Empordà sólo interesó la práctica de una prueba pericial que el Tribunal consideró innecesaria en relación con la conducta examinada en el expediente.

3. En el momento de la vista, la representación de Hidroelèctrica de l'Empordà

solicitó, como cuestión previa, la suspensión del acto en base a la existencia de un proceso penal por los mismos hechos que los examinados en el presente expediente.

El art. 55 LDC establece que la instrucción de un proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos.

En este caso, existe un procedimiento penal (en fase de instrucción y bajo el número de Diligencias Previas 2542/98-V, del Juzgado nº 35 de Madrid) por la querrela criminal interpuesta por Eléctrica Curós contra los directivos de ENHER o de su filial Hidroelèctrica de l'Empordà por un *"delito de fraude de subvenciones y de falsedad en documento público u oficial"* basada en que sus representantes legales han alegado reiteradamente que en la campaña comercial de abril-mayo-junio de 1995 se utilizó dinero de *"programas de incentivación de gestión de la demanda de energía eléctrica"* del Ministerio de Industria y Energía, cuando no entraba en el objeto de éstos.

Dado que lo que en el presente expediente se dilucida es si la campaña comercial realizada por Hidroelèctrica de l'Empordà es una conducta restrictiva de la competencia prohibida por la LDC, con independencia de si su fuente de financiación es legal o no, se deduce que no tiene relación directa con la querrela criminal interpuesta. Así, al enjuiciarse en uno y otro procedimiento hechos distintos, no procede la suspensión de la resolución del presente expediente.

4. El segundo motivo de suspensión planteado por la representación de Hidroelèctrica de l'Empordà en el acto de la vista fue la existencia de causa de abstención del Presidente del Tribunal en el momento de dictar la Resolución de 14 de mayo de 1997 (Expte. r 180/96), por la que se estima el recurso de Eléctrica de Curós contra el Acuerdo del Servicio por el que se archivan las actuaciones y se interesa del Servicio la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados (véase el Antecedente de Hecho número 3).

Hay que señalar que el Presidente del Tribunal se abstuvo, con fecha 12 de mayo de 1998, antes de la admisión a trámite del expediente por el Tribunal por concurrir la causa de los arts. 28.2.a) y c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no lo hizo en la Resolución de 14 de mayo de 1997 por no concurrir dichas causas en aquel momento.

En cualquier caso, conviene recordar que los vicios procedimentales, como son las causas de abstención y recusación, son causas de nulidad

únicamente si producen indefensión y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la iniciación de un procedimiento no produce indefensión (la cual podría producirse, en todo caso, en la resolución finalizadora del mismo).

5. En relación con el fondo de la cuestión examinada en este expediente, el Servicio considera que la campaña de promoción realizada por Hidroelèctrica de l'Empordà y destinada a captar clientes de la denunciante constituye un acto restrictivo de la competencia, ya que ha aplicado a los clientes de su competidor condiciones comerciales no equitativas, con objeto de incrementar su cuota de mercado, lo que constituye un abuso de posición de dominio y, subsidiariamente, si el Tribunal no apreciara que aquella empresa ostenta dicha posición, que la campaña constituía un acto desleal porque, entre otras cosas, ha inducido a la terminación regular del contrato con intención de eliminar a un competidor del mercado o, al menos, de reducir su cuota sustancialmente.

Para poder estimar si la encausada ha incurrido en una conducta de abuso de posición dominante es preciso determinar previamente cuál es el mercado de referencia (o relevante) en el que dicha conducta despliega sus efectos, así como si dicha empresa tiene en el mismo una posición de dominio.

En este caso, no existe discusión de que el mercado de referencia de producto o servicio es el del suministro de energía eléctrica (que es ofrecido por las empresas denunciada y denunciante), aunque desde el punto de vista geográfico Hidroelèctrica de l'Empordà alega que el mercado relevante no es la población de Santa Pau sino toda la comarca de Garrotxa, donde Eléctrica Curós suministra electricidad a varias localidades.

Ante esta alegación cabe señalar que el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas (Comunicación de la Comisión 97/C372/03 relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia).

Dado que mientras Eléctrica Curós suministra en régimen de duopolio en la localidad de Santa Pau, donde comparte el suministro con Hidroelèctrica de l'Empordà, lo hace en régimen de monopolio a varios municipios de la comarca de la Garrotxa (donde, si bien Hidroelèctrica de l'Empordà podría ser un competidor potencial al tener extendidas en dichas zonas líneas de alta

tensión, no cuenta en la actualidad con ningún abonado) es evidente que no se dan las mismas condiciones de competencia en Santa Pau (donde hay un duopolio) que el resto de las localidades de la comarca (donde Eléctrica Curós es la única suministradora y no hay competencia alguna). Por lo tanto, el mercado relevante no puede ampliarse a todas las localidades de la comarca de la Garrotxa donde suministra Eléctrica Curós, sino que es el suministro de energía eléctrica en la localidad de Santa Pau.

Una vez establecido el mercado de referencia, es necesario determinar si la encausada tiene posición dominante en el mismo, es decir, si su poder económico e independencia de comportamiento es tal que le permite actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores.

En este caso, hay que tener en cuenta que Hidroelèctrica de l'Empordà suministra al 66,5% de los abonados en el mercado analizado, pero, sobre todo, que forma parte del grupo (grupo Empresa Hidroeléctrica de Ribagorzana -ENHER- que, a su vez, pertenece al grupo ENDESA, líder en la generación y distribución de energía eléctrica en España) que suministra directa o indirectamente la energía eléctrica que va a distribuir su competidora. Dicho grupo presenta un notable grado de integración vertical (desde la generación de energía eléctrica, que representa el 47 por ciento de la totalidad de la electricidad producida en España, a su distribución a los consumidores finales) y frente a él Eléctrica Curós se encuentra en situación de dependencia económica (ello a pesar de que no puede cortar el suministro, al tratarse de un servicio de interés público). Adicionalmente, su posición en el mercado se ve reforzada por el elevado poder económico y financiero de dicho grupo cuya facturación supera los 1,2 billones de pesetas.

De todo ello se deduce que Hidroelèctrica de l'Empordà tiene un poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar en el mercado de referencia sin tener en cuenta las posibles reacciones de su único competidor en el mismo, Eléctrica Curós (una empresa local de reducido volumen de negocios), por lo que necesariamente ha de deducirse que tiene posición de dominio. El que el sector eléctrico presente un elevado grado de regulación y, en particular, unos precios oficiales, aprobados por el Gobierno, no cambia la situación a este respecto porque las tarifas eléctricas no son precios fijos sino precios máximos.

6. El art. 6 LDC no prohíbe la posición dominante sino el abuso de la misma y enumera a título ejemplificativo una serie de supuestos de manera no exhaustiva. En cualquier caso, desde posición de dominio, todo acto desleal supone una conducta abusiva prohibida por dicho artículo. Como se ha señalado, el Servicio considera que la campaña de promoción objeto del expediente, destinada a captar clientes de la denunciante, constituye un acto

restrictivo de la competencia al aplicar a los clientes de su competidor condiciones comerciales no equitativas, con objeto de incrementar su cuota de mercado, lo que supone un abuso de posición de dominio y, subsidiariamente, un acto desleal porque, entre otras cosas, ha inducido a la terminación regular del contrato con intención de eliminar a un competidor del mercado o, al menos, de reducir su cuota sustancialmente, es decir, ha tenido lo que se denomina una conducta predatoria.

En general, la conducta de una empresa se puede calificar de predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo.

La experiencia muestra que la mayoría de los casos de prácticas predatorias se refieren a predación basada en los precios y, en muchos casos, aparece conjuntamente con comportamientos discriminatorios puesto que, cuando un operador dominante intenta dañar a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá los precios específicamente en el mercado en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo en otros mercados. De forma análoga, existen otros tipos de predación como los que utilizan la publicidad y los gastos promocionales para eliminar a un competidor; en este caso, dichas promociones también suelen ser selectivas, discriminando entre clientes, a fin de reducir su coste. En muchas ocasiones, por tanto, la predación y la discriminación se producen conjuntamente pero ambas conductas pueden tener sustantividad propia y la empresa que las realiza puede ser acusada de ambas.

Para considerar acreditada la existencia de una conducta predatoria conviene analizar en primer lugar si la práctica predatoria resulta factible en el mercado de que se trate y si la empresa imputada está capacitada para llevarla a cabo con éxito, para lo que hay que examinar el mercado y las características de las empresas involucradas. Sin duda, uno de los elementos clave de los que depende el éxito de un estrategia predatoria es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, ya que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de rentas monopolísticas, puesto que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores resultando imposible explotar una posición de dominio.

En el caso objeto del presente expediente ya se ha señalado que Hidroelèctrica de l'Empordà ostenta posición de dominio en el mercado de referencia teniendo dimensión económica y capacidad financiera suficiente como para llevar a cabo una conducta presuntamente predatoria, máxime dada

la reducida dimensión del competidor, que se realiza en un sector, como el eléctrico, caracterizado por una normativa que imposibilita la entrada de nuevos operadores que puedan hacer competencia a los ya establecidos, por lo que las barreras de entrada son indudables. En este contexto, no hay duda de que la práctica predatoria resulta factible, existiendo la posibilidad de debilitar financieramente al competidor para obtener un beneficio posterior que podría comprender, incluso, el comprar la empresa a bajo precio. En cualquier caso, aunque la recuperación de las pérdidas es el resultado buscado por la empresa dominante, las prácticas predatorias constituyen en sí mismo una conducta anticompetitiva con independencia de que alcancen o no su objetivo.

En este contexto, es necesario analizar si la campaña promocional llevada a cabo por Hidroelèctrica de l'Empordà en la localidad de Santa Pau, como considera el Servicio, constituye un acto predatorio restrictivo de la competencia.

Hay que tener en cuenta que la campaña llevada a cabo en modo alguno puede decirse que se encuadre en los parámetros normales del mercado. No es normal que las compañías de suministro de energía eléctrica hagan regalos a sus abonados y cuando los hacen suelen realizarlos a través de sorteos o tratarse de productos de precios reducidos. Como se señala en los Hechos Probados, Hidroelèctrica de l'Empordà realizó campañas promocionales en diversas poblaciones de Girona durante 1995, pero en ellas, de 177 obsequios, sólo 6 superaron las 10.000 ptas. En la propia campaña objeto del expediente realizada en Santa Pau, de sus 49 antiguos clientes que se acogieron a la campaña para mejorar sus instalaciones, sólo 12 obtuvieron regalos consistentes en planchas (2.600 ptas), calefactores, bombillas, fluorescentes, etc., por importes que van desde las 970 ptas (bombillas) a 13.746 ptas (calefactor+plancha+bombillas). Sin embargo, Hidroelèctrica de l'Empordà regaló a cada uno de los clientes de Eléctrica Curós, que pasaron a ser clientes suyos, además de mejorarles las acometidas y efectuar el cambio de compañía sin coste alguno -tramitándoles incluso la baja de los abonados del suministro-, un obsequio de gran valor (microondas, secadores y lavadoras) a su elección.

El electrodoméstico de menor precio objeto de regalo estaba valorado en 28.584 ptas, y para 12 de los 18 abonados que cambiaron de compañía eléctrica el importe del mismo superaba el del consumo anual al período anterior a la campaña (Hecho Probado número 4), por lo que Eléctrica Curós perdió en sólo 3 meses el 6,3% de sus abonados en dicha población.

Dadas estas circunstancias es tan evidente el carácter anormal que debe atribuirse al comportamiento de Hidroelèctrica de l'Empordà en relación con la campaña promocional realizada en Santa Pau que no puede interpretarse más

que como una conducta tendente a restringir la competencia desde una posición de dominio, siendo el relevante su carácter predatorio, que engloba, en este caso, a la conducta discriminatoria realizada.

Hay que señalar que ninguna de las alegaciones de Hidroelèctrica de l'Empordà puede ser atendida:

- a) el que Eléctrica Curós realizase acometidas gratis no puede compararse con la campaña objeto del expediente, siendo más bien una reacción a la misma;
- b) el pretender que la campaña se acogía a la Orden de 20 de enero del Ministerio de Industria y Energía hay que descartarlo pues dicho Ministerio ha informado que *"la campaña promocional realizada por Hidroelèctrica de l'Empordà, por la que ofrecía nueva contratación a los abonados de Eléctrica Curós, sin cargo alguno de conexión y con el ofrecimiento gratuito de un electrodoméstico, a elegir entre una lavadora, una secadora u otro aparato similar, no está incluido entre los programas de gestión de la demanda que se aprobaron para Hidroelèctrica de l'Empordà como filial de ENHER, y ello tanto por el momento en que se realiza como por su objeto y contenido."* Hay que tener en cuenta que la campaña se llevó a cabo entre los meses de abril y junio de 1995 y, sin embargo, la Resolución de la Dirección General de la Energía por la que se aprobaron los programas de incentivación de gestión de la demanda de energía eléctrica para 1995 y se asignó la cuantía de coste reconocido a la empresa nacional ENHER -y en consecuencia, como filial, a Hidroelèctrica de l'Empordà, no se dictó hasta el 21 de septiembre de 1995, y que *"En ninguno de los programas se contemplaba como incentivo al cliente la conexión gratis de las instalaciones o el regalo de un electrodoméstico y menos una lavadora o secadora que no se incluyeron en ninguno de los programas."* (folios 440 a 442 del expediente del Servicio)
- c) el decir que las tarifas de energía eléctrica vienen determinadas por Ley, por lo que el único método para poder captar clientes es el sorteo, los regalos y las inversiones en material eléctrico, tampoco es cierto pues las tarifas no son fijas sino máximas;
- d) no puede aplicarse el art. 1.3 LDC que afecta a los acuerdos de escasa importancia por encontrarnos, en este caso, ante un abuso de posición de dominio (art. 6 LDC), y
- e) el que Eléctrica Curós no le pague la energía eléctrica que le suministra, por lo que le adeuda una elevada suma de dinero es una

cuestión que debe dirimirse ante los Tribunales de Justicia, pero no justifica en ningún caso una conducta como la realizada.

7. Por tanto, el Tribunal considera que se ha acreditado que la campaña promocional objeto del expediente, llevada a cabo por Hidroelèctrica de l'Empordà en la localidad de Santa Pau durante los meses de abril, mayo y junio de 1995 y en la que se regalaban a los abonados de su competidora que cambiaran de suministrador de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor, es una conducta prohibida por el art. 6 LDC, puesto que dicha empresa desde una posición de dominio ha pretendido eliminar o, al menos, reducir sustancialmente la cuota de mercado de un competidor recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en la eficiencia (el "mérito").
8. Teniendo en cuenta lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 y 46 LDC, procede imponer multa a Hidroelèctrica de l'Empordà.

El art. 10 LDC establece en su número 1 que el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la Ley, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal.

Para fijar la cuantía de las sanciones ha de atenderse a la importancia de la infracción para lo que ha de tenerse en cuenta una serie de criterios fijados en el art. 10.2 LDC. En este caso, a) en relación con la modalidad de la infracción, el abuso de posición de dominio ha sido considerado reiteradamente por este Tribunal como una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia; b) por lo que se refiere a la dimensión del mercado afectado, se trata del suministro de energía eléctrica en la localidad de Santa Pau; c) la cuota de mercado de Hidroelèctrica de l'Empordà era del 66,5%, de los abonados; d) en lo referente a los efectos de la restricción de la competencia hay que destacar que, debido a la conducta de Hidroelèctrica de l'Empordà, determinados consumidores se vieron beneficiados al obtener importantes regalos, pero perjudicó a Eléctrica Curós por la pérdida de 18 abonados, que representaban el 6,3% de sus clientes y una importante fuente de rentabilidad puesto que en una zona rural, con la mayoría de la población diseminada, las poblaciones, como Santa Pau, de mediano tamaño son las que dan rentabilidad a una empresa eléctrica, porque suponen menores pérdidas de transporte y distribución por cada abonado; e) como se ha señalado, la duración de la conducta fue de 3 meses; durante abril, mayo y junio de 1995, y f) en lo referente a la reiteración de las conductas, no se aprecia.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, el Tribunal acuerda imponer a Hidroelèctrica de l'Empordà una multa de quince millones de pesetas.

9. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.5 LDC, ordena la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución, a costa de Hidroelèctrica de l'Empordà, en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de información general de mayor circulación en la provincia de Girona.

Por tdo lo anterior, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

HA RESUELTO

Primero.- Declarar acreditada la existencia de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la Ley 16/1989 consistente en la realización de una campaña promocional en la localidad de Santa Pau durante los meses de abril, mayo y junio de 1995 y en la que se regalaba a los abonados de su competidora que cambiaran de compañía suministradora de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor.

Es responsable de dicha práctica restrictiva de la competencia, en concepto de autora, Hidroelèctrica de l'Empordà S.A.

Segundo.- Intimar a la citada empresa para que se abstenga de realizarla en el futuro.

Tercero.- Imponer a Hidroelèctrica de l'Empordà S.A. la multa de quince millones de pesetas.

Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de mayor circulación en la provincia de Girona, a su costa.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.