

Id. Cendoj: 28079230062002100780
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/10/2002
Nº de Recurso: 512/1999
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a nueve de octubre de dos mil dos.

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 512/99, se tramita, a

instancia de Hidroeléctrica de L'Empordà, S.A., representada por el Procurador D. Pedro Rodríguez

Rodríguez, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de mayo de

1999 (Expte.: 431/98), sobre abuso de posición de dominio, en el que la Administración demandada

ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y en el que ha actuado como

codemandada Eléctrica Curos, S.A., representada por la Procuradora Dña. Magdalena Cornejo

Barranco, siendo la cuantía del mismo 90.151,82 € (15 millones de pesetas)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 4 de junio de 1999, y la Sala, por providencia de fecha 16 de junio de 1999, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Con fecha 2 de julio de 1999 compareció en autos Eléctrica Curos, S.A., a quien por

providencia de 6 de julio de 1999 se tuvo por personada y 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 demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

Igualmente contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 8 de octubre de 1999.

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 contra la Resolución antes citada del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de mayo de 1999, que en su parte dispositiva decía lo siguiente:

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 cambiasen de compañía suministradora de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor.

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

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

Tercero.- Imponer a Hidroeléctrica 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 Gerona, a su costa.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) como cuestiones previas: 1) prejudicialidad penal, b) no abstención del Presidente del TDC y c) incompetencia de jurisdicción, y b) en cuanto al fondo: 1) no esta de acuerdo con la definición del mercado de referencia, 2) no existe posición dominante y c) no existe ninguna práctica abusiva.

El Abogado del Estado y la parte codemandada opusieron a los argumentos de la actora las consideraciones que consideraron procedentes y solicitaron la desestimación del recurso y confirmación de la Resolución impugnada.

TERCERO.- La primera de las cuestiones previas al examen del fondo que propone la parte actora en su demanda es la existencia de prejudicialidad penal.

El artículo 10.2 LOPJ indica que la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento "...mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda".

Consta en autos que la cuestión penal a la que se refiere la sociedad es la contenida en la querella que contra ella interpuso la codemandada, en fecha 6 de febrero de 1998. Dicha querella dio lugar a las Diligencias Previas 2452/98, seguidas por el Juzgado de Instrucción nº 35 de Madrid, en las que recayó auto de archivo, de fecha 18 de mayo de 1999, por no ser constitutivos de infracción penal los hechos denunciados, que fue confirmado por auto de 12 de noviembre de 1999 de la Audiencia de Madrid, que es firme.

Así pues, en el momento presente no existe ninguna cuestión penal sobre la que deba pronunciarse Tribunal alguno, que impida a esta Sala conocer y pronunciarse sobre la cuestión de fondo planteada en el presente recurso.

Sobre la influencia de la cuestión prejudicial penal en relación con la Resolución del TDC impugnada en el presente recurso, el artículo 55 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), exige, para que tal cuestión produzca el efecto de suspensión, que exista un proceso penal incoado por los mismos hechos.

El artículo 7.2 del RD 1398/1993, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que es de aplicación supletoria en este caso, exige identidad entre hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal.

Tal identidad no puede apreciarse en este caso. La querella de la empresa codemandada imputaba a la empresa demandante un supuesto delito de fraude de subvenciones, mientras que el TDC enjuiciaba si la demandante había realizado alguna práctica abusiva desde su posición de dominio.

Más precisamente, la querella mantenía que la empresa demandante había destinado unos importes de una subvención a una finalidad no prevista legalmente, mientras que el TDC ha estudiado si la práctica consistente en efectuar regalos a los clientes de una competidora es una conducta contraria a la LDC.

La decisión que adoptara el Juez Penal respecto de los hechos denunciados en la querella no condicionaba en modo alguno, sino era completamente irrelevante para la decisión que pudiera adoptar TDC. Así, en el terreno de las hipótesis, era perfectamente posible que la empresa demandante hubiera incurrido en el ilícito penal de fraude de subvenciones y que, sin embargo, su conducta hubiera sido perfectamente competitiva, así como era posible el caso contrario, que la demandante hubiera empleado las subvenciones conforme a su finalidad legítima y no

obstante hubiera mantenido una conducta contraria a la LDC.

CUARTO.- Sostiene la parte recurrente que concurre una causa de nulidad de actuaciones, pues el Presidente del TDC, D. Romeo debió abstenerse de intervenir en el auto de 14 de mayo de 1997. En dicho auto el TDC estimó un recurso de la empresa codemandada contra un Acuerdo de archivo del SDC de las actuaciones, interesando del mismo la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados y, si procediere, la formulación de Pliego de Concreción de Hechos.

El Sr. Romeo presentó un escrito al Pleno del TDC, el 12 de mayo de 1998, alegando que podía concurrir un motivo de abstención, por lo que dejó de intervenir en el expediente seguido ante el TDC. Hay que reseñar que tal escrito se presentó a los pocos días de la entrada del expediente en el TDC, donde llegó procedente del SDC el 30 de abril de 1998.

Desde luego no cabía la abstención del Presidente del TDC en la deliberación del auto de fecha 14 de mayo de 1997, en primer lugar, porque en esa fecha no concurría razón alguna para ello. El motivo de abstención tenía su origen en la queja que el Sr. Romeo había presentado ante la Generalitat de Cataluña, contra la empresa denunciada ante el SDC y hoy demandante, por irregularidades en la contratación de una póliza de suministro de electricidad en un inmueble situado en Avinyonet de Puigventós, y dicha póliza fue suscrita el 21 de agosto de 1997, según resulta de la documentación que la propia empresa recurrente acompaña con su demanda, de suerte que la póliza, la queja y las actuaciones subsiguientes son posteriores en más de 3 meses al auto de 14 de mayo de 1997 y en esta última fecha no concurría motivo alguno que obligara o aconsejara siquiera la abstención del Presidente del TDC.

A lo anterior se suma que la decisión de levantar el archivo y ordenar proseguir la investigación sobre los hechos no incluye necesariamente una imputación, ni prejuzga la decisión final que se adopte sobre los hechos denunciados, por lo que, aunque concurriera un motivo de abstención en el momento de dictarse el auto de 14 de mayo de 1997 -que ya se ha visto no existía-, no habría producido indefensión al demandante.

QUINTO.- La Sala no entiende del todo el argumento de incompetencia de jurisdicción expuesto por el recurrente como tercera cuestión previa. Por supuesto que tal incompetencia no puede predicarse respecto de esta Sala, pues el artículo 49 LDC indica claramente que contra las Resoluciones definitivas del TDC cabe recurso contencioso administrativo, y la Disposición Transitoria 5ª de la misma LDC añade que es esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el órgano jurisdiccional competente para conocer de estos recursos. La misma atribución competencial se establece en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Si el demandante se refiere con la expresión de "incompetencia de jurisdicción" a la falta de competencia administrativa del TDC para pronunciarse sobre la denuncia formulada por la empresa codemandada, el artículo 20 LDC configura al TDC como un Organismo Autónomo, que sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. Añade el precepto citado, en su apartado 2 que tiene por fin

general el TDC el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la resolución de los procedimientos sancionadores, que pueden declarar la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos y de abuso de posición dominante (artículo 46 LDC),, contener la orden de cesación de las prácticas prohibidas e imponer multas.

Así pues, la cuestión de si la empresa denunciada se prevaleció de su posición de dominio en el mercado de la distribución de energía eléctrica en la zona geográfica relevante, imponiendo condiciones comerciales no equitativas, que es la conducta que prohíbe el artículo 6 LDC , es un tema cuyo enjuiciamiento corresponde al TDC.

También alega el demandante litispendencia con el procedimiento de menor cuantía que se sigue con el número 118/96 ante el Juzgado de Primera Instancia de Figueres, a instancia de la parte codemandada. En dicho procedimiento se solicita por el demandante una indemnización de daños y perjuicios, cuestión que es ajena a la materia de derecho administrativo sancionador que ahora examinamos.

También dice el recurrente, bajo ese epígrafe de "incompetencia de jurisdicción", que las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de forma significativa a la competencia, deben considerarse exentas, lo que es cierto, pero de acuerdo con el artículo 1.3 LDC , la decisión de sobreseimiento únicamente se refiere a las conductas prohibidas del propio artículo 1 LDC que reúnan esas condiciones, no a los abusos de posición de dominio del artículo 6 LDC.

SEXTO.- En cuanto al fondo del asunto, la demanda cuestiona la definición del mercado de referencia, la existencia de posición dominante y la realización de prácticas abusivas.

Normalmente, para calificar una conducta como abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC, son necesarios los siguientes pasos: a) en primer lugar, es necesario definir el mercado de referencia en el que opera la empresa, tanto desde el punto de vista material (de producto) como espacial (ámbito geográfico), b) después será necesario investigar si la empresa tiene una posición de dominio en ese mercado antes definido, y c) por último, si existe posición de dominio, deberá analizarse si la conducta de que se trate es abusiva.

La Resolución impugnada del TDC ha definido con precisión los mercados de producto y geográficos que interesan al presente caso. Son hechos declarados probados por el TDC, que las empresas demandante y codemandada se dedican a la distribución de electricidad en la localidad de Santa Pau. Sin embargo, la parte demandante considera que el mercado geográfico debe ampliarse a toda la comarca de Garrotxa, ya que también la codemandada está en condiciones de operar en esa zona.

Sin embargo, la Sala coincide con el TDC en que lo determinante para delimitar el mercado geográfico de relevancia es la existencia de condiciones de competencia suficientemente homogéneas, pues en Santa Pau las dos empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de energía, mientras que en la comarca de Garrotxa la demandante podría suministrar electricidad, pero de hecho no lo hace, pues no cuenta con ningún abonado. Así, el mercado geográfico que se ha de

considerar relevante es el primero, en el que compiten las dos empresas, y no puede serlo el segundo, integrado por algunos pueblos de Garrotxa, en los que la codemandada es de hecho la única suministradora.

SEPTIMO.- En el mercado relevante así definido, esto es, en la distribución de energía en localidad de Santa Pau, la empresa demandante contaba, en los primeros meses de 1995 con 515 abonados (64,2%), frente a 286 abonados al suministro que proporcionaba la empresa codemandada en las mismas fechas (35,7%). Además, la empresa demandante, Hidroeléctrica de L'Empordà, está integrada en el grupo ENHER, que a su vez forma parte del grupo ENDESA, líder no sólo en distribución, sino también en producción de energía eléctrica en nuestro país. Por tanto, concurren en la empresa demandante las notas de cuota de mercado y poder económico características de la posición de dominio.

OCTAVO.- La acreditación de la existencia de una posición dominante en un determinado mercado no implica, en si misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, aunque ciertamente le atribuye una especial responsabilidad en no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en dicho mercado (sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, asunto C.395/96, apartado 37, entre otras muchas).

Según reiterada jurisprudencia del TJCE, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia (sentencias TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche/Comisión, apartado 91 y de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, Akzo/Comisión, apartado 69).

De lo anterior se deduce que lo prohibido por el artículo 6 LDC es que una empresa, que ocupa una posición de dominante, elimine o intente eliminar a un competidor y refuerce así su posición, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos.

NOVENO.- En el presente caso, son hechos probados que en los meses de abril, mayo y junio de 1995, la empresa demandante llevó a cabo una campaña promocional en la localidad de Sanrta Pau, en la que 67 usuarios mejoraron o sustituyeron sus instalaciones. De esos 67 usuarios, 49 ya eran clientes de la empresa demandante y de ellos 12 (1 de cada 4) recibieron regalos consistentes en planchas, bombillas, calefactores y fluorescentes, cuyos precios van desde las 2.600 a 13.746 pesetas.

Al mismo tiempo, de aquellos 67 usuarios que mejoraron o sustituyeron sus instalaciones, los restantes 18 eran antiguos clientes de la empresa codemandada y pasaron a serlo de la demandante. Todos ellos recibieron regalos consistentes en microondas, secadores, secadoras o lavadoras, cuyos precios van desde las 28.584 a las 32.851 pesetas. En la mayor parte de las ocasiones (en el caso de 12 de los 18 clientes), el importe del regalo era superior al consumo anual de electricidad.

La conducta comercial seguida por la empresa demandante, en relación con los

clientes de la compañía competidora y hoy codemandada, es algo anormal en sus prácticas de regalos promocionales. Ya hemos visto que, si se trata de sus propios clientes en el mercado de referencia, hace regalos a 1 de cada 4, y de mucho menor importe. Y también durante el año 1995, pero en otras áreas de la provincia de Gerona, donde no compite con la empresa codemandada, efectuó 177 obsequios, si bien tan sólo 6 superaron el precio de 10.000 pesetas.

Así pues, la empresa demandante desarrolló en el mercado de referencia y durante los meses de abril, mayo y junio de 1995, una conducta comercial que no tuvo otra finalidad sino la eliminación o debilitamiento de su competidora en el mercado relevante, mediante regalos y obsequios a los clientes de su competidora para que cambiaran de compañía suministradora de electricidad, lo que supone un abuso de su posición dominante en dicho mercado, prohibido por el artículo 6, apartados 1 y 2 a) y d) LDC.

DECIMO.- También alega la actora en su defensa que la empresa codemandada le adeudaba más 50 millones de pesetas por suministro de electricidad, pero esta es una cuestión sobre la que no cabe exigir al TDC ningún pronunciamiento, salvo dejar constancia, como hace la Resolución impugnada, de que tal circunstancia, de ser cierta, en ningún caso justificaría la conducta anticompetitiva prohibida por el artículo 6 LDC.

UNDECIMO.- 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 Hidroeléctrica de L'Empordà, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de mayo de 1999, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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, Ilmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-