

Id. Cendoj: 28079230062009100270
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/07/2009
Nº de Recurso: 381/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PRACTICAS PROHIBIDAS. ART. 1 LDC de 1989.
ACUERDOS DISCRIMINATORIOS Y RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

SENTENCIA

Madrid, a nueve de julio de dos mil nueve.

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

Audiencia Nacional bajo el número 381/2007, GESA GAS, S.A., entidad representada por el Procurador D. José Guerrero

Tramoyeres, contra acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 10 de septiembre de 2007 en el

expediente 615/06 GESA GAS/INFOCAL 2), sobre Defensa de la Competencia y en el que la Administración demandada ha

estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 22 de octubre de 2007, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado en tiempo y forma el presente escrito, junto con la documentación que el mismo acompaña, se sirva admitirlo, tenga por interpuesta demanda; y, previos los trámites de ley, dicte sentencia

estimando el presente recurso, declarando la no conformidad a Derecho de la resolución del 10 de septiembre de 2007 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas a la demandante."

3. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso, siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones en tiempo y forma; finalmente, mediante providencia de 13 de mayo de 2009 se señaló para votación y fallo el día 7 de julio de 2009, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 10 de septiembre de 2007 en el expediente 615/06 GESA GAS /INFOCAL 2) con la siguiente parte dispositiva:

PRIMERO.- Declarar que GESA GAS S.A.U. y ECA-GEST (actualmente ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.) han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, por haber realizado acuerdos discriminatorios y restrictivos de la competencia.

SEGUNDO.- Imponer a GESA GAS S.A.U. una multa de noventa mil euros (90.000) y a ECA-GEST (actualmente ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.) de treinta mil euros (30.000).

TERCERO.- Intimar a las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas prohibidas.

CUARTO.- Ordenar a las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Illes Balears en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la Resolución.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá a la que lo incumpla una multa de EUROS SEISCIENTOS (€ 600), por cada día de retraso.

QUINTO.- Los sancionados, justificarán ante la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- La Comisión Nacional de la Competencia vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución.

2. Los hechos declarados probados por el TDC y expresamente admitidos como tales por esta Sala son los siguientes:

- En las fechas relevantes, año 2003, GESA era la única entidad suministradora de gas en la Comunidad Autónoma de Illes Balears, pero no está registrada allí como Empresa Instaladora Autorizada (EIA), como certificó la Administración competente, el Departamento de Seguridad Industrial de la Consejería de Industria y Energía de la Comunidad el 26 de noviembre de 2003.

- Antes del 1 de julio de 2003 GESA y ECA acordaron que esta segunda prestara los servicios de inspección atribuidos legalmente a la primera. El día 1 de julio de 2003, ECA que está registrada como EIA en Baleares envió una oferta a GESA para llevar a cabo los servicios de revisión de las instalaciones junto con los de inspección que ya venía prestando.

- El 14 de julio de 2003, GESA comunica a ECA que conviene la contratación de los servicios de comercialización y realización de revisiones en las instalaciones de gas de sus clientes durante el año 2003 en las condiciones ofertadas.

- El mantenimiento en perfecto estado de las instalaciones de gas es responsabilidad del usuario y deben realizarse revisiones cada cuatro años a través de una EIA, mientras que la empresa suministradora está obligada a realizar inspecciones periódicas y gratuitas que comprenderán cada año, como mínimo, un 25 % de los abonados.

- A partir de julio de 2003, GESA comenzó a comunicar a sus abonados por carta-circular que en el plazo aproximado de un mes se realizaría una visita de inspección y que les agradecería que durante la misma tuvieran disponible su certificado de revisión, así como que en el caso de que no dispusieran del mismo en vigor "le rogamos que contacte con una empresa instaladora autorizada o si lo prefiere, para su comodidad le ofrecemos la posibilidad de realizar la revisión al mismo tiempo que la inspección a un precio de 19,50 euros + IVA, a pagar a través de la factura de gas". Junto a la carta-circular les enviaba un listado de 43 EIA en el que no figuraba ECA, pero con la que tenía un acuerdo para realizar el servicio conjunto de inspección y revisión.

- Posteriormente GESA hizo una solicitud pública de ofertas mediante anuncio ordinario con forma de adjudicación por procedimiento negociado en el que presentaron ofertas siete empresas, comunicándole a ECA el 31 de marzo de 2004 que había resultado adjudicataria de los servicios relativos a las instalaciones de gas en su ámbito territorial, y comenzando la prestación de los servicios a partir del 1 de abril de 2004. Sin embargo, el contrato no se adjudicó hasta el 2 de noviembre de 2004 (BOE de 27 de enero de 2005), siendo por un período de dos años (el alcance temporal del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2006), prorrogables automáticamente hasta tres, para la realización por ECA y bajo determinadas condiciones, de las inspecciones y revisiones reglamentarias de las instalaciones de gas, en nombre y por cuenta de GESA, fijándose un precio de 19,50 euros + IVA.

- El contrato tiene por objeto la prestación de servicios para la ejecución de las

actividades de inspección y control de los trabajos realizados por ECA en el ámbito de la Propiedad (GESA).

- El 21 de febrero de 2005, antes del inicio del expediente administrativo, GESA modificó el precio a pagar por el usuario en la revisión de las instalaciones realizadas por ECA, elevándolo a 30 € + IVA y facturando separadamente los servicios de inspección y revisión, sobre la base de que la horquilla de precios en las Baleares era de 20 a 45 euros.

GESA ha facturado y obtenido beneficios en concepto de revisiones, desde el inicio de la prestación del servicio simultáneo de inspección y revisión.

3. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: la relación contractual entre GESA GAS y ECA GEST es de un contrato de agencia, habiendo justificado GESA GAS en el expediente que tuvo lugar la licitación siendo el binomio inspección-revisión un núcleo fundamental de la seguridad técnica en el suministro del gas. Sostiene igualmente que los acuerdos no tuvieron carácter discriminatorio, carecieron de efectos anticompetitivos y no existe bilateralidad o multilateralidad en la adjudicación del contrato de 2 de noviembre de 2004. Por último alega ausencia del elemento subjetivo de la infracción.

El Abogado del Estado se opone alegando en su contestación, en primer término, que sí concurre el elemento de la culpabilidad; y en relación con el fondo del asunto, mantiene la existencia de una práctica anticompetitiva, insistiendo en que GESA GAS era la única entidad suministradora de gas en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares así como en el comportamiento bilateral y concertado, por lo que concurren los elementos del artículo 1 LDC ; y, para terminar se refiere a la graduación de la sanción, si bien en el presente caso no ha sido objeto de discusión por GESA GAS, S.A. que, en efecto, fue sancionada con una multa de mayor cuantía (90.000 euros) que la impuesta a ECA (30.000 euros y objeto de otro recurso diferente).

4. El artículo 1 Ley 16/1989 (LDC) "prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...".

Tanto la resolución impugnada como las partes, ponen de relieve la conveniencia de aclarar con carácter previo las definiciones que la normativa de aplicación establece respecto de las empresas SUMINISTRADORA, e INSTALADORA, la INSPECCIÓN del gas, y la REVISION del gas.

El Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre , que aprueba el Reglamento de Instalaciones de Gas en locales destinados a usos domésticos, distingue a las empresas suministradoras de las instaladoras, en la Instrucción Técnica Complementaria MI-IRG 01, en los siguientes términos:

"01.17 Empresa suministradora.

Es la empresa titular de una concesión de servicio público de suministro de gas que realiza la entrega del fluido en las instalaciones receptoras del o de los usuarios, sea desde una red de distribución, sea en envases o depósitos móviles de G.L.P., o bien a los depósitos fijos de almacenamiento que abastecen a aquellas instalaciones

receptoras.

01.18 Empresa instaladora.

Empresa instaladora es toda empresa legalmente establecida que incluyendo en su objeto social las actividades de montaje, reparación, mantenimiento y revisión de instalaciones de gas y cumpliendo los requisitos mínimos establecidos, acreditados mediante el correspondiente certificado de empresa instaladora de gas emitido por los servicios competentes en materia de industria de la Comunidad Autónoma, se encuentra inscrita en el registro correspondiente y está autorizada para realizar las operaciones de su competencia, ajustándose a la reglamentación vigente y, en su defecto, de acuerdo con las reglas de una buena actuación profesional."

El Decreto 2913/73, de 26 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles, en su artículo 27 establece la obligación de las empresas suministradoras de realizar visitas de inspección periódicas que comprenderán anualmente, como mínimo, un 25% de los abonados así como la obligación del usuario de mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones y de realizar revisiones periódicas de las mismas cada 4 años, utilizando los servicios de un instalador autorizado, quién extenderá certificado acreditativo de la revisión efectuada. En su apartado 5.4 establece que si como resultado de las inspecciones se comprobara que las instalaciones no cumplen la normativa vigente, la empresa suministradora lo comunicará por escrito al usuario o propietario indicándole las modificaciones a introducir y señalando el plazo/plazos en que deben ser realizadas. Si en dichos plazos el interesado no justificare debidamente esas modificaciones, se podrá proceder al corte de suministro.

El Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en su artículo 10 regula las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras, entre ellas, su obligación de realizar visitas de inspección de las instalaciones de gas de los usuarios (párrafo 3 letra o) "Realizar visitas de inspección a las instalaciones receptoras de sus usuarios con la periodicidad definida reglamentariamente", al igual que se impone al usuario la obligación de realizar las revisiones obligatorias de las instalaciones con la periodicidad y alcance que establece la legislación correspondiente (anexo II).

Es decir: la suministradora tiene que llevar a cabo INSPECCIONES de al menos el 25% de las instalaciones existentes, y las empresas instaladoras tienen que llevar a cabo las REVISIONES encargadas por los usuarios.

La cuestión nuclear es precisamente la circunstancia de que GESA no podía realizar revisiones por no estar registrada como empresa instaladora, y con la actuación descrita en los hechos probados, la empresa suministradora acuerda con aquella que llevara a cabo no solo los servicios de inspección que la ley atribuía a ECA sino los de revisión que no le atribuye la ley y que GESA no podía prestar por no estar autorizada.

Al amparo de este contrato, lleva a cabo, previo envío de una carta a los usuarios ofreciendo la realización simultánea de la inspección y la revisión a un precio a pagar a través de la factura de gas, ambas actividades

Posteriormente, continúan el acuerdo y la actividad previa licitación y adjudicación a la misma GESA que venía realizándolo, poniendo de manifiesto, como señala la codemandada, su concepción de producto las ofertas realizadas a los usuarios para la realización conjunta de la inspección y la revisión en las que el suministro a cuenta de ENDESA GAS y la inspección y revisión a cargo de ECA GEST.

No se ha aportado prueba alguna en base a la cual pueda esta Sala llegar a la conclusión de que las exigencias de aseguramiento técnico se puedan cumplir únicamente con la prestación de ambos servicios, inspección y revisión, por una sola empresa asociada a la suministradora, siendo así que la norma de aplicación no lo contemplaba. Los acuerdos existieron y tuvieron el carácter al menos bilateral, con evidentes efectos competitivos: si existe la obligación de realizar la inspección al menos al 25% de los abonados, y ese 25% contrata al tiempo la revisión, una cuarta parte del mercado de revisión de las instalaciones de usuarios de gas a tarifa se sustrae a la libre competencia. Y basta ver el cuadro que figura unido al folio 15 de la resolución del TDC, que no ha sido impugnado, para comprobar que las inspecciones que llevaba a cabo primero seguían una línea descendente y a raíz de los contratos litigiosos aumentan sustancialmente.

La actora se aprovecha de la posición de la comercializadora, con la que se reparte los beneficios derivados de acaparar el mercado de las revisiones, lo que, como correctamente concluye el TDC, permite calificar al acuerdo como discriminatorio.

Deben en consecuencia desestimarse estos motivos de recurso.

5. Para terminar, y ya en lo que respecta a la alegación de falta de culpabilidad, recordemos que, en efecto, el elemento culpa se encuentra en el ámbito funcional de la presunción de inocencia, y ésta puede destruirse entre otras pruebas con la llamada indirecta o indiciaria, entendida como aquella que muestra la certeza de unos hechos que no son en sí mismos los determinantes de la culpabilidad, pero de los que cabe inferir lógicamente la misma. Como ha recordado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, dicha prueba indiciaria sólo será apta para destruir aquella presunción constitucional: a) Cuando los indicios estén efectivamente probados; y b) Cuando el órgano sancionador haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de tales indicios, obtiene la conclusión de la realidad del hecho infractor y de la culpabilidad.

Pues bien conectando la exigencia de culpabilidad, aún a título de simple inobservancia -artículo 130.1 de la Ley 30/1992 - es claro que la culpabilidad exigida no es de resultado sino de actividad y que esta culpabilidad se manifiesta en que las empresas no pusieron la diligencia o el cuidado debido en el respeto a la norma que con su actuación "inobservaron".

En definitiva, la culpabilidad, como elemento subjetivo exigible en toda infracción administrativa, determina que el sujeto que realiza una actividad pudo abstenerse de realizar la acción tipificada como infracción, esto es de no contravenir ninguna prohibición u obligación o, por el contrario, realizar la actividad sin respetar escrupulosamente las obligaciones y prohibiciones derivadas de las normas que el ordenamiento jurídico impone (artículo 10 de la Ley de Defensa de la competencia de 1989).

6. Por lo demás, la resolución impugnada ya ha tenido en cuenta las circunstancias alegadas por la actora, y dados los límites que la Ley de Defensa de la Competencia

establece sobre la cuantificación máxima de las multas, y las circunstancias atenuantes expresamente tenidas en cuenta, tal y como se describen en el apartado 16 de la misma, (pags. 20 y 21) la cuantía de la sanción es conforme a derecho, encontrándose situada en el grado mínimo, debiendo desestimarse la pretensión relativa a la reducción de su importe.

De lo anterior deriva la desestimación del recurso.

7. 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 Contenciosa 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 la entidad GESA GAS, S.A. contra el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 10 de septiembre de 2007 en el expediente 615/06 GESA GAS /INFOCAL 2), a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas.

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

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

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.