

Id. Cendoj: 28079230062006100266
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/05/2006
Nº de Recurso: 315/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a cinco de mayo de dos mil seis.

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 315/04, se tramita a

instancia de ELECNOR S.A., representada por el Procurador Sr. Aguilar Fernández Cardona contra

resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 18 de Junio de 2004 en

expediente sancionador por conductas supuestamente prohibidas por el art. 1º de la Ley de la Defensa de la Competencia ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo la cuantía del mismo 18.000 euros. Ha sido

Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 14 de julio de 2004 este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, y reclamado el expediente se le dió 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 solicitó se estime el recurso y se dicte sentencia "por la que se estime caducado el procedimiento sancionador o en su caso se revoque la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia".

2. De la demanda se dió 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 se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho.

3. Mediante providencia de 25 de abril de 2006 se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2006, en que efectivamente se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno de Tribunal de Defensa de la competencia de 18 de junio de 2004 por la que, resolviendo el expediente sancionador iniciado por denuncia del Servicio Territorial de Consumo de Alicante e incoado contra diversas empresas, entre ellas la ahora recurrente -ELEC NOR S.A.- por conductas supuestamente prohibidas por el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción de acuerdos anticompetitivos en el mercado de las instalaciones receptoras individuales de gas natural, acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que las empresas imputadas Cegás S.A., Inox-Gas S.L., Elecnor S.A., Dyctel S.A., Maessa S.A., Cobra S.A., Gasindur S.L., Aberdeen-Tehisa S.A., Obremo S.L. y Foisa Levante S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia por haber realizado acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones receptoras individuales de gas natural en Alicante y su provincia durante los años 1997, 1998 y 1999.

SEGUNDO.- Imponer a Cegás S.A. una multa de 300.000 euros y a cada una de las restantes empresas imputadas, Inox-Gas S.L., Elecnor S.A., Dyctel S.A., Maessa S.A., Cobra S.A., Gasindur S.L., Aberdeen-Tehisa S.A., Obremo S.L. y Foisa Levante S.A., la multa de 18.000 euros.

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

CUARTO.- Ordenar a todas las empresas sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor circulación de Alicante. En caso de incumplimiento de esta disposición, se les impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de demora en la publicación".

La resolución impugnada tiene como antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1º) El 6 de junio de 2000 el Servicio Territorial de Consumo de Alicante comunicó al Servicio de Defensa de la Competencia que estaban recibiendo numerosas denuncias de consumidores por los excesivos precios de las instalaciones domiciliarias requeridas para la recepción del gas natural, habiendo constatado el organismo denunciante que en la mayoría de las denuncias los precios cobrados eran idénticos.

2º) El Servicio de Defensa de la Competencia, tras practicar una información reservada, admitió a trámite la denuncia e incoó expediente sancionador contra la empresa suministradora de gas natural, Cegás S.A. y contra ocho empresas instaladoras, entre ellas la hoy recurrente.

3º) Tras la formulación del oportuno pliego de concreción de hechos fue remitido al Tribunal el informe-propuesta preceptivo y admitido a trámite el expediente culmina con resolución en la que se declaran probados los siguientes hechos:

-La empresa Cegás S.A. es la empresa suministradora en exclusiva de Gas natural en la ciudad de Alicante y su provincia.

-Cegás carece de la necesaria autorización administrativa para la instalación de lo que se conoce como Instalación Receptora Individual (IRI), es decir, el conjunto de conducciones y accesorios comprendidos entre la llave de abonado o la de acometida del edificio y la llave de los aparatos de gas incluida ésta.

-A pesar de lo anterior, Cégas decidió asumir la dirección y organización de dicha actividad elaborando un texto de acuerdo de fecha 17 de enero de 1997, en el que bajo la denominación de "Protocolo de Colaboración para la ejecución de instalaciones receptoras individuales en fincas montantes propiedad de Cegás", señalaba expresamente, entre otros extremos, que "la empresa instaladora viene obligada a la comercialización de todas aquellas fincas que le sean asignadas por Cegás...." así como que "el coste del material y montaje de la tubería y accesorios, incluido el flexible de seguridad en su caso, más la adecuación a normas se acuerda en 33.650 pts. (IVA no incluido), el coste de la comercialización se acuerda en 9.109 pts. (IVA no incluido)". En el caso de que la empresa instaladora no fuera a transformar los aparatos multigas por encargarlo Cegás a terceros, estará no obstante obligada a dejar en casa del cliente el flexible de seguridad si procede. El coste total de 42.759 pts. (IVA incluido) lo facturará directamente la empresa instaladora al cliente ofreciéndole como mínimo las siguientes condiciones de pago: 25% como máximo a la entrada. 75% como mínimo restante en dos entregas... Cegás cobrará al cliente una vez tenga el servicio de gas en los dos primeros recibos de suministro que le extienda una cantidad total de 18.400 pts. (IVA incluido) en concepto de fianza, conexión y transformación de aparatos multigas, a razón de 9.200 pts. (IVA incluido) por recibido. Cegás abonará la cantidad de 1.000 pts. (IVA no incluido) en concepto de la colocación de contador y de 8.196 pts. (IVA no incluido) en concepto de adecuación de los aparatos del cliente previa presentación de factura y el justificante de la transformación de los aparatos conformado por el cliente....Como resumen de todo lo establecido la oferta comercial que se ofrecerá al cliente será de 68.000 pts. (IVA incluido) con las condiciones de pago anteriormente descritas.

-Las condiciones propuestas por Cegás fueron aceptadas por todas las empresas instaladoras imputadas, que al menos durante los años 1997, 1998 y 1999, realizaron trabajos de Instalaciones Receptoras Individuales en Alicante y su provincia en los términos y con las condiciones acordadas con Cegás.

SEGUNDO-. La actora alega una doble causa de caducidad: en la tramitación ante el Servicio y en la tramitación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En el primer trámite, el plazo a tener en cuenta no es el de 12 meses, como sostiene la recurrente, sino de 18, por haberse iniciado el expediente antes del 1-1-2001, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 56.1 LDC en relación con la

Disposición Final 3ª del R.D.L. 52/1999 (Disposición final tercera . Entrada en vigor).

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, a excepción de lo dispuesto en el artículo trigésimo segundo, en cuanto se refiere al apartado 1 del artículo 56, de la Ley 16/1989, de 17 de julio , que entrará en vigor el 1 de enero del año 2001, y en lo relativo al apartado 2 del artículo 56 de la misma Ley , ya en vigor desde el 1 de enero de 1998 en virtud de la disposición transitoria duodécima de la Ley 66/1997, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social). La fecha de incoación, aceptada por las dos partes, es el día 18 de diciembre de 2.000 y si bien el 19 de junio se dictó el Pliego de Concreción de Hechos, debe descontarse el plazo de seis días de paralización de las actuaciones como consecuencia de la inactividad de una de las expedientadas, siendo irrelevante que la paralización se debiera a esta puesto que se dictó tal acuerdo en relación con la totalidad de las afectadas. Estos días, sumados al día 19 de junio alcanzan precisamente al día 25 de junio de 2002 en que se notificó el acuerdo de 19-VI-02.

En segundo término, el plazo de doce meses de tramitación ante el Tribunal debe computarse desde la fecha de la providencia de admisión a trámite, el 24 de septiembre de 2002, suspendiéndose el plazo el día 24 de octubre de 2002 hasta el 6 de noviembre de 2003, y fallándose el expediente el día 26 de mayo de 2004. La suma de todos estos plazos no alcanza los doce meses del plazo de caducidad.

TERCERO-. La cuestión de fondo planteada ha sido resuelta en anteriores sentencias de esta Sala dictadas en recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en el mismo expediente, razonándose la desestimación de los mismos en los siguientes términos (sentencias de 25-XI-05, recurso 317/2004 , sentencia 12-XII-05 recurso 411/04 y sentencia 8-II-06 rec. 367/04 ,):

"La cuestión de fondo a resolver es la conformidad o no a Derecho de la resolución impugnada cuando considera que los hechos que en la misma se declaran probados son constitutivos de una conducta contraria a la libre competencia, prohibida por el artículo 1º de la Ley 16/1989 .

Los hechos que se declaran probados en la resolución impugnada, tal y como mas arriba han quedado reseñados, ponen de relieve la existencia en ningún momento contradicha por la recurrente de un acuerdo acordado por la empresa distribuidora de gas con cada una de las empresas instaladoras, en cuya virtud la compañía suministradora se comprometió a distribuir entre éstas los trabajos de las instalaciones receptoras individuales del gas natural entre los nuevos clientes, realizando dichas empresas instaladoras dichos trabajos a los precios fijados por la distribuidora que era quien, directamente, realizaba la publicidad de dichas instalaciones y quien cobraba su importe directamente del cliente, abonando a las instaladoras, entre ellas las ahora recurrente, el precio pactado en dicho acuerdo y renunciando así a competir libremente entre sí en aspectos tan relevantes de la actividad empresarial como la libre determinación de precios y la libre oferta de sus servicios, aceptando de antemano la uniformidad de aquellos y la adjudicación directamente de los clientes por Cegás.

Dicho acuerdo constituye una conducta contraria a la libre competencia, prohibida por el artículo 1º de la Ley 16/1989 , tal y como apreciase el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución que ahora se impugna. Sin que frente a tal

conclusión quepa válidamente oponer, según se alega en la demanda, que existió dispersión de precios, de una parte y que los precios y condiciones pactadas se establecieron en beneficio del consumidor, teniendo en todo caso el carácter de precios máximos recomendados.

En efecto la alegada dispersión de precios no puede desvirtuar la imputación relativa a la uniformidad constatada en la gran mayoría de los casos examinados puesto que, amén de ser la dispersión de precios un mero alegato carente de la mas mínima prueba en el proceso por parte de la actora, en nada desvirtúa ni contradice los hechos declarados probados y, en concreto, el que los precios de las 281 facturas analizadas por el Servicio de Defensa de la Competencia y de las 93 elegidas al azar por el Servicio Territorial de Consumo de Alicante entre las más de 1500 denuncias recibidas por los consumidores, son plenamente coincidentes, y aún cuando se admitiese que alguna de dichas facturas no coinciden, lo que tampoco se demuestra por la demandante, lo único que pondrían de relieve es que no existió un seguimiento absoluto del acuerdo anticompetitivo prohibido en cualquier caso por el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia por el solo hecho de haber existido.

Tampoco la alegación de que los precios pactados se establecieron en beneficio del consumidor, teniendo el carácter de precios máximos recomendados puede desvirtuar aquella conclusión, pues como correctamente se declara en la resolución impugnada, tal argumentación no exculparía a las empresas participantes en el acuerdo anticompetitivo pues no corresponde a una empresa distribuidora del gas la regulación del mercado de las instalaciones ni, menos si cabe, la protección de los consumidores en dichos mercados, constituyendo tal conducta de los que son responsables tanto la empresa distribuidora como la totalidad de las empresas instaladoras imputadas en el expediente, responsables de dicha conducta anticompetitiva al haber aceptado consciente y voluntariamente los precios y condiciones propuestas por la empresa distribuidora del gas natural y haber suscrito dicho pacto, renunciando de esta manera a sus respectivas políticas comerciales individuales, para la realización de las instalaciones receptoras individuales del gas natural."

Todas estas razones justifican igualmente la desestimación de este recurso.

CUARTO-. En cuanto a la falta de proporcionalidad en la imposición de la sanción, el TDC toma expresamente en consideración la gravedad de la conducta al eliminar uno de los factores mas relevantes de la libre competencia, gravedad tanto más acusada cuando tales conductas tienden al mismo tiempo al reparto del mercado mediante la adopción de un sistema de asignación de clientes por parte de un tercero que, indudablemente, obtiene un beneficio comercial derivado de la renuncia a la libre competencia.

Con fundamento en las previsiones del artículo 10 LDC , la resolución impugnada también pondera los demás elementos que el precepto establece como criterios determinantes para graduar la cuantía concreta de la sanción, destacadamente, la duración y extensión de la infracción que afectó a la mayor parte de las denominadas Instalaciones Receptoras Individuales en Alicante y su provincia durante los años 1997, 1998 y 1999 cuando a la sazón se implantó principalmente el gas natural en dicho territorio y, por último, la dimensión del mercado afectado, al ser el de la totalidad de dichas instalaciones llevadas a cabo durante los años indicados en la provincia de Alicante.

En este conjunto de circunstancias, la diferencia entre la facturación individual de cada

empresa no se ha considerado relevante, no alegándose por la recurrente los motivos por los que tal cifra hubiera debido considerarse y las consecuencias de tal valoración en la disminución de la multa que le fue impuesta y que debe confirmarse.

QUINTO-. No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ELECNOR S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2004 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia y en consecuencia la confirmamos por ser conforme a Derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.