

Id Cendoj: 28079230062006100662
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 384 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de octubre 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 384/2004, se tramita, a instancia de **FOISA** LEVANTE, S.A., representada por la Procuradora Dña. Isabel Ramos Cervantes, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 18 de junio de 2004 (expte. 547/02), sobre practicas anticompetitivas, 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de **FOISA** LEVANTE, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo, contra la Resolución de referencia, mediante escrito de fecha 8 de septiembre de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 20 de septiembre de 2004 , acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 27 de octubre de 2004 la representación procesal de la Generalitat Valenciana presentó escrito de personación en autos, y la Sala, por providencia de 18 de noviembre de 2004 , tuvo a dicha Administración Pública por personada y parte en el presente recurso, en condición de 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.

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, en su turno, contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 10 de octubre de 2006.

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 administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de fecha 18 de junio de 2004, que sancionó a diversas empresas, entre ellas la recurrente, **FOISA LEVANTE**, S.A., por prácticas contrarias al *artículo 1 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC).

La parte dispositiva de la Resolución impugnada contiene, entre otras, las siguientes declaraciones:

1- Declarar que las empresas imputadas... **Foisa Levante**, SA ...(y 9 empresas más)... 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.

2- Imponer a ...(una de las empresas)... una multa de 300.000 euros y a **Foisa Levante**, S.A. ...(y a cada una de otras 8 empresas)..., la multa de 18.000 euros.

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

4- 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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) caducidad de los expedientes ante el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, y b) en el Pliego de Cargos no se incluye a la empresa recurrente, ni siquiera se cita entre las empresas que se presume participaron en el Acuerdo prohibido, ni existen facturas ni ningún documento acreditativo de la participación de la recurrente en los hechos que se reputan ilícitos.

El Abogado del Estado contesta que no se han superado los plazos de 18 y 12 meses de tramitación ante el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, si se tienen en cuenta las suspensiones acordadas y que existen pruebas en el expediente de que la recurrente suscribió el Acuerdo que la Resolución impugnada consideró contrario a la competencia.

La codemandada Generalitat Valenciana contestó que el expediente estuvo suspendido y no se produjo su caducidad y, en cuanto al fondo, que existen indicios más que suficientes de la concertación entre las empresas denunciadas para repartirse el mercado de la instalación de las conducciones individuales.

TERCERO.- El tema de la caducidad del expediente, tanto en la fase ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), como en la fase ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, ha sido examinado y resuelto por esta Sala, en las sentencias de 17 de noviembre de 2005, 12 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2006, 5 de mayo de 2006 y 2 de junio de 2006, recaídas en recursos 317/04, 411/04, 387/04, 315/04 y 289/04, respectivamente, seguidos a instancia de otras empresas sancionadas en la misma Resolución objeto del presente recurso.

El criterio de la Sala en las sentencias citadas, respecto de la inexistencia de caducidad en el expediente ante el SDC, iniciado el 18 de diciembre de 2000 y remitido el 29 de julio de 2002 al TDC, es que no se excedió el plazo máximo de duración de 18 meses, fijado por el *artículo 56.1 LDC* en la redacción vigente en la fecha de los hechos, porque no debe computarse el tiempo durante el que el procedimiento estuvo suspendido.

Menos todavía ha caducado el expediente sancionador ante el SDC si tenemos en cuenta, en el caso específico de la hoy recurrente, que no se dirige el procedimiento sancionador contra ella hasta la ampliación de la incoación, de fecha 5 de febrero de 2002 (folios 664 y 665 del expediente del SDC), luego es evidente que el tiempo transcurrido entre esa fecha y la remisión al TDC, el 29 de julio de 2002, queda muy lejos del plazo máximo de tramitación del expediente en el SDC de 18 meses.

CUARTO.- En cuanto a la caducidad, ante el TDC, decíamos en las sentencias que hemos citado

anteriormente, así, por todas, en la SAN de 12712/2005 (JUR 2006\8538):

En cuanto a la caducidad producida en la fase seguida ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, por haberse superado el plazo de doce meses previsto en el *artículo 56 de la Ley 16/1989 (RCL 1989\1591)*, esta Sala ha de ratificar igualmente la conclusión alcanzada por la Administración, una vez constatado que dicho exceso tiene su causa, una vez más, en la propia actividad procedimental de las interesadas en el expediente que, por razón de los recursos interpuestos por las mismas interesadas contra la providencia de admisión a trámite del expediente, fueron las que ocasionaron la suspensión del procedimiento con arreglo a lo establecido en el propio *artículo 56.2 LDC*, siendo correcta, en definitiva, la conclusión alcanzada en la resolución impugnada, una vez restado el tiempo de suspensión o paralización del expediente por razón de los recursos administrativos interpuestos el procedimiento, tampoco en esta fase, había caducado. Y sin que a ello obste la alegación de que cuando el Tribunal acordó la suspensión los recursos ya habían sido resueltos por silencio administrativo negativo, pues una cosa es la «fictio iuris» que supone la desestimación presunta en virtud de silencio administrativo de un recurso al objeto de facilitar su impugnación y, otra cosa, es que el Tribunal no dejase de tener obligación de resolver expresamente, tal y como, finalmente, se hizo (*artículos 117.2 y 42.2 de la Ley 30/1992*) mediante la resolución aquí impugnada.

QUINTO.- La sociedad recurrente alega, en cuanto al fondo del asunto, que no existe prueba de su participación en los hechos considerados ilícitos por el TDC.

Tenemos por reproducida la narración de hechos probados que contiene la Resolución del TDC impugnada. Más adelante, la Resolución impugnada explica que lo que es objeto de sanción, por considerar el TDC que constituye una práctica prohibida del *artículo 1 LDC*, es el acuerdo entre Cégas y las empresas instaladoras imputadas, entre las que se encuentra la recurrente, para fijar los precios y condiciones de mercado de lo que se conoce como "Instalaciones Receptoras Individuales" (IRI), esto es, el conjunto de conducciones y accesorios comprendidos entre la llave del abonado (o la llave de acometida o la del edificio) y la llave de los aparatos, en el ámbito territorial en el que actúa Cégas, que abarca la ciudad de Alicante y su provincia.

No es cierto que el Pliego de Cargos del SDC (folios 1037 a 1047 del expediente) excluya a la empresa recurrente del acuerdo entre empresas contrario al *artículo 1 LDC*. Por el contrario, una simple lectura de dicho Pliego muestra que el SDC si considera que la recurrente participó del acuerdo restrictivo de la competencia.

De acuerdo con el Pliego de Cargos, Cegás elaboró un Protocolo de actuación de fecha 17 de enero de 1997 (folios 758 y 759 del expediente), en el que se acuerda con las empresas instaladoras el precio del IRI para el cliente. Añade el Pliego de Cargos que no se tiene constancia de las empresas que han suscrito el Acuerdo, lo que quiere decir, sencillamente, que no aparecen las firmas de las empresas instaladoras al pie del documento, si bien el SDC presume que han "suscrito", esto es, que han participado en el Acuerdo las empresas que detalla, tras analizar las tarifas que cobraban.

Sin embargo, en el caso de la demandante, el SDC no necesitó analizar ninguna factura para llegar a la conclusión de que participó en dicho acuerdo, porque como se expone en el Pliego de Cargos, tal participación resulta de sus propias manifestaciones.

SEXTO.- Es decir, en el caso de la recurrente, lo que acredita su participación en el Acuerdo anticompetitivo es su propio reconocimiento. En efecto, la Instructora del expediente requirió el 08/02/2001 a diversas empresas instaladoras, entre las que se encontraba la recurrente, para que informaran sobre sus relaciones con Cegás, aportando los contratos suscritos, así como que indicaran los servicios que prestan y precios aplicados en el año 2000, por el concepto de instalación individual (folio 94 del expediente), y la respuesta de la recurrente obra en su escrito de fecha de entrada en el SDC de 22/02/2001 (folios 101 y 102 del expediente), en el que reconoce que, entre otros, presta servicios de realización de instalaciones individuales de gas, y que "...el precio de la instalación de gas individual en cada vivienda a pagar por el cliente es de 75.120 pesetas, de las cuales nuestra empresa cobra en concepto de instalación 59.000...",

Así que la participación de la demandante en el acuerdo con Cegás, en relación con las IRI de la provincia de Alicante, aceptando los precios, condiciones de pago y adjudicación de clientes impuestos por Cegás, con la consiguiente renuncia a competir con otras empresas instaladoras en la determinación precios y oferta de servicios, resulta acreditada por el propio reconocimiento y admisión de hechos de la recurrente.

Pero hay más, entre la documentación aportada por la demandante acompañando a su escrito de

22/02/2001, aparece una hoja (folio 145 del expediente), en la se manifiesta con toda claridad la existencia del acuerdo entre Cegás y la recurrente, pues se refiere a una "Oferta Especial" para instalar gas natural, en el que Gegás se compromete a "...la instalación de gas natural canalizado en su hogar...", por la cantidad antes indicada de 75.120 pesetas "...con grandes facilidades de pago sin intereses..." (6.000 pesetas al formalizar el contrato y el resto, hasta en dos años, en cómodas bimensualidades...incluidas en el recibo del gas), figurando en dicha hoja la razón social de la demandante (**Foisa Levante**) como empresa colaboradora.

SÉPTIMO.- A todo esto se añade el SDC acordó en providencia de 3 de abril de 2002, requerir a Segás para que informara sobre determinados extremos, entre ellos, el número total de instalaciones individuales financiadas por Cegás, especificando el número de instalaciones por cada una de las empresas instaladoras que hayan realizado estos servicios, siendo reiterado el requerimiento el 18 de abril de 2002 (folios 691 a 694 del expediente).

La respuesta de Cegás, registrada de entrada en el SDC el 20/05/2002 (folio 1025 del expediente), admite haber financiado 7.218 instalaciones y entre la lista de las empresas que han realizado tales instalaciones, aparece la demandante (**Foisa Levante**), con 443 instalaciones, de lo que resulta la participación de la recurrente en los acuerdos anticompetitivos de los años 1997 y siguientes (al menos, hasta el año 2000, como resulta de su reconocimiento expreso) a que se refiere la Resolución del TDC.

Consideramos, por tanto, que el expediente acredita suficientemente, mediante el reconocimiento de la propia actora y los documentos que se han citado, que la empresa recurrente participó en el acuerdo con Cegás tendente a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones receptoras de gas natural en Alicante y su provincia, durante los años 1997, 1998 y 1999, lo que constituye un acuerdo prohibido por el *artículo 1.1 a) LDC* .

Por las razones anteriores procede la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

OCTAVO.- 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 **FOISA LEVANTE**, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 18 de junio de 2004, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

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 el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-