

Id. Cendoj: 28079230062005100357
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/12/2005
Nº de Recurso: 411/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CONDUCTA PROHIBIDA POR EL ART. 1 DE LA LDC: ADOPCION DE ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN EL MERCADO DE LAS INSTALACIONES RECEPTORAS INDIVIDUALES (IRI) DE GAS NATURAL DE ALICANTE

SENTENCIA

Madrid, a doce de diciembre de dos mil cinco.

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 317/04, se tramita a

instancia de, GASINDUR, S.L., entidad representada por la Procuradora D^a Miriam Alvarez del Valle

Lavesque, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de Junio de

2004 sobre expediente sancionador por conductas supuestamente prohibidas por el art. 1º de la Ley de la Defensa de la Competencia ; en el que la Administración demandada ha estado

representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; y en el que ha intervenido en calidad de

codemandada la GENERALITAT VALENCIANA, representada por la Procuradora D^a Rosa Sorribes

Calle; siendo la cuantía del mismo 18.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 27 de septiembre 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 dijo: "que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan y su copia preceptiva, se sirva admitirlo; tenga con el mismo por cumplimentado, en tiempo y forma, el trámite de presentación de la DEMANDA; tenga con él por devuelto el Expediente Administrativo: y seguido el procedimiento por sus cauces legales, dicte en su día Sentencia por la que estimando el presente Recurso formule los siguientes PRONUNCIAMIENTOS:

1º.- DECLARE que se produjo la CADUCIDAD del expediente tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia, y que la Resolución de 18 de junio de 2004 del Tribunal de Defensa de la Competencia, al no estimar dicha caducidad, no se ajusta a Derecho, ANULÁNDOLA y dejándola sin efecto;

2º.- CON CARACTER SUBSIDIARIO a lo anterior DECLARE que en todo caso se produjo la CADUCIDAD del Expediente del Tribunal de Defensa de la Competencia, al haberse modificado su Resolución de 18 de junio de 2004 a mi representada un día después de que se hubiera producido dicha caducidad, según el cómputo que hace el propio TDC en su citada Resolución, por lo que la misma debe ser ANULADA Y DEJADA SIN EFECTO;

3º.- SUBSIDIARIAMENTE a todo lo anterior, y si se entrara en el fondo de la cuestión DECLARE que GASINDUR, S.L. no es responsable de ninguna conducta contraria a la libre competencia como se le imputa en la Resolución del TDC de 18 de junio de 2004 que, en consecuencia, es contraria a Derecho, ANULÁNDOLA y dejándola sin efecto.

4º.- SUBSIDIARIAMENTE a cuanto antecede, estime al menos parcialmente el presente Recurso en el sentido de que la sanción económica a imponer a GASINDUR, S.L. debe ser rebajada sin que en ningún caso pueda superar los 2.000 seuros; y

5º.- CONDENE a la Administración demandada al pago de las costas procesales, en atención a la temeridad y mala fé observada en su actuación, que ha obligado a mi representada a la interposición del Recurso.

y con todo lo demás que en Derecho proceda."

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: "Que tenga por constestada la demanda deducida en el presente litigio, dictando, previos los trámites legales,, sentencia por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho con imposición de costas a la parte recurrente".

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 10 de mayo de 2005 se dió traslado a la Procuradora D^a Rosa Sorribes Calle, en representación de la codemandada GENERALITAT VALENCIANA, para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "tenga por contestada, en tiempo y forma, la demanda deducida de adverso, formulada

oposición a la misma y previos los trámites oportunos y practicada la prueba que se proponga, se dicte en su día Sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora, en virtud de lo establecido en el Artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, se confirme en su integridad la resolución impugnada."

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 20 de junio de 2005, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento; finalmente, mediante providencia de 2 de diciembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. 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 María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. 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, GASINDUR S.L., 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., Dycel 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., Dycel 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 la 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 des 600 euros por cada día de demora en la publicación".

2. 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, entre las que se encuentra la recurrente, 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.

3. La actora se opone a la calificación de los hechos imputados como constitutivos de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1a) de la Ley de Defensa de la Competencia, efectuada en la resolución que ahora se impugna e interesa una sentencia estimatoria que anule la resolución impugnada con base en los argumentos que se dicen a continuación: en primer término, como argumento de orden formal, se alega la caducidad del procedimiento tanto ante el Servicio Defensa de la Competencia, como ante el propio Tribunal de Defensa de la Competencia; en segundo término, y como argumentos de fondo, en la demanda se señalan la inexistencia de prueba del acuerdo anticompetitivo, de una parte, así como la existencia de dispersión de precios, de otra; finalmente se aduce la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta a la recurrente.

Las cuestiones planteadas por la actora han sido ya objeto de análisis por esta misma Sala y Sección en la SAN de 17 de noviembre de 2005, dictada en el recurso n° 317/2004 interpuesto por otra de las empresas sancionadas contra la misma resolución aquí impugnada, a cuyos fundamentos debemos atenernos tanto por razones de seguridad jurídica como del principio de unidad de doctrina y que reproducimos a continuación en lo preciso para dar respuesta a las cuestiones planteadas en el presente recurso.

4. Comenzando por la caducidad alegada, la actora sostiene que se ha producido, a su juicio, una doble caducidad, primero ante el Servicio de Defensa de la Competencia y ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, después. En efecto, la actora sostiene que se ha producido la caducidad del procedimiento ante el SDC fundándose en que no procedía la suspensión del curso del plazo acordado por dicho Servicio y, en cualquier caso, sostiene, que la suspensión del curso del procedimiento no podría perjudicar a la recurrente al traer causa de las actuaciones referidas a una empresa distinta (Cegás). Y, en cuanto a la segunda de las vertientes de caducidad alegada, se afirma en la demanda que habiéndose iniciado el expediente el día 18 de septiembre de 2002, (fecha del acuerdo de admisión a trámite) el plazo de doce meses previsto en el artículo 56.2 de la Ley 16/1989 vencía el 18 de septiembre de 2003, sin que las dos suspensiones acordadas encuentren, a su juicio, amparo en la normativa vigente entonces, ya que al momento de acordarse la primera de las suspensiones ya no había recurso administrativo, si no que había sido resuelto por silencio administrativo y, la segunda, por que lo acordado no era una diligencia para mejor proveer.

Pero ninguno de tales alegatos puede alcanzar el éxito pretendido. Por lo que se refiere a la primera de las caducidades alegadas, el artículo 56 LDC, en la redacción dada por el artículo 100 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un nuevo artículo 56 de la LDC estableciendo una duración máxima del procedimiento sancionador en la fase ante el Servicio de Defensa de la Competencia de dieciocho meses, indicando que dicho plazo se contará desde la iniciación formal del procedimiento hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Pues bien, en el presente caso, el expediente sancionador, iniciado el 18 de diciembre de 2000 contra la hoy actora y el resto de las empresas denunciadas, fue remitido por el Servicio al Tribunal el 29 de julio de 2002 con el informe-propuesta preceptivo. Pero no por ello debe admitirse la caducidad alegada por la actora, toda vez que, tal y como consta también en el expediente, el día 9 de mayo de 2002 el Servicio declaró la

suspensión del procedimiento ante la falta de respuesta por parte de Cegás, en el plazo de los diez días al efecto conferidos para aportar determinada información relevante que se le había solicitado por providencia de 3 de abril de 2002, notificada ese mismo día por medio de fax y reiterada mediante notificación convencional, no siendo enviada sino hasta el 13 de mayo, fecha en la que fue levantada la suspensión; de modo que el procedimiento estuvo suspendido desde el 3 de abril hasta el 13 de mayo por causa plenamente justificada y que, pese a lo manifestado por la actora, ha de afectar a todas las empresas denunciadas y, por tanto, directamente afectadas e imputadas en un mismo expediente, todas ellas como partícipes, ya desde el punto de vista material, en la adopción de un acuerdo supuestamente anticompetitivo.

5. 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, 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 en 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.

6. 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, en ningún momento desvirtuados por la actora, ponen de relieve la existencia, contrariamente a lo alegado en la demanda, 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 algunas de las empresas sancionadas 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.

7. Finalmente tampoco puede ser aceptada la alegada falta de proporcionalidad de la sanción impuesta que lo fue con arreglo al artículo 10.2 de la Ley 16/1989 y tomando expresamente en consideración el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución sancionadora 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.

Además la resolución impugnada también pondera los demás elementos que el citado 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.

8. De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución administrativa impugnada por su conformidad a

derecho.

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 .

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de 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 GASINDUR, S.L. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2004 a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de 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.

PUBLICACIÓN

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