

Id. Cendoj: 28079230062006100297
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 02/06/2006
Nº de Recurso: 289/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dos de junio de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Cegas S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra.

D^a África Martínez Rico Sanz, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el

Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18

de junio de 2004, relativa a vulneración de la libre competencia, siendo Codemandadas Gasindur S.L. y Generalitat Valenciana y la cuantía del presente recurso de 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Cegas S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a África Martínez Rico Sanz, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de junio de 2004, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintitrés de mayo de dos mil seis.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de junio de 2004, por la que se declara a la hoy recurrente incurso en la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en realizar acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones individuales de gas natural de Alicante y su provincia durante los años 1997, 1998 y 1999.

La cuestión que se nos somete a sido objeto de análisis por esta Sección en nuestra sentencia de doce de diciembre de dos mil cinco, dictada en el recurso 411/2004, debemos pues seguir la doctrina allí declarada.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se 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, y en particular los que consistan en...".

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...".

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa

- claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

Este régimen no se vio alterado por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, ni por la Ley 62/2003.

TERCERO: Los hechos relevantes en el presente caso pueden resumirse como sigue:

-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.

CUARTO: Dicho lo anterior veamos las alegaciones actoras.

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.

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 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 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 celebrado 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.

SEXTO: 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.

Concretamente y en relación a la actora, además de las circunstancias expuestas se valoró el grado de responsabilidad según la intensidad en la participación en los hechos, y así, la actora fue la que redactó y fijó los términos del acuerdo y lo suscribió individualmente con los restantes sancionados, por lo que la sanción impuesta es superior a los restantes implicados.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo promovido por Cegas S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a África Martínez Rico Sanz, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de junio de 2004, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.