



Roj: **STS 213/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:213**

Id Cendoj: **28079130032017100030**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **1981/2014**

Nº de Resolución: **108/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1442/2014,**
STS 213/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **1981/2014**, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 10 de marzo de 2014, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 427/2012, a instancia de la Asociación Española del Gas (SEDIGAS), frente a una resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia sobre prácticas restrictivas de la competencia. Ha sido parte recurrida la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DEL GAS (SEDIGAS)** representada por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo Ludovico Moreno Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 427/2012 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 10 de marzo de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: ESTIMAR el recurso contencioso- administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DEL GAS (SEDIGAS), contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho».

La parte dispositiva de la resolución sancionadora es del siguiente tenor literal:

«PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una conducta colusoria prohibida por el Artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la Asociación Española del Gas (SEDIGAS).

SEGUNDO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una conducta colusoria prohibida por el Artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la Asociación Española de Operadores de Gases Licuados del Petróleo (AOGLP).

TERCERO. Imponer a SEDIGAS como autora de la conducta infractora mencionada en el Resuelve Primero una multa sancionadora por importe de 900.000 euros.

CUARTO. Imponer a AOGLP como autora de la conducta infractora mencionada en el Resuelve Segundo una multa sancionadora por importe de 500.000 euros.



QUINTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución».

SEGUNDO.- La Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, presentó con fecha 21 de abril de 2014 escrito de preparación del recurso de casación.

Dice que, en concreto, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos de casación que enumera el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción :

«A) Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , *por quebrantamiento de formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose en este último caso producido indefensión para la parte:* Se reputan infringidos los artículos 24 y 120.3 de la Constitución española , 33 , 65 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio , 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , y 218 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil. Todo ello por existencia de incongruencia y falta de motivación necesaria en la Resolución recurrida, a tenor de la consolidada jurisprudencia respecto a estos requisitos, sentada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012, casación 5630/2008 , 24 de enero de 2011, casación 485/2007 , 24 de marzo de 2010, casación 8649/2004 y 3 de febrero de 2010, casación 5397/2004 .

B) Al amparo del artículo 88.1. d) de la Ley Jurisdiccional , *por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.* En concreto se alega en este escrito de preparación infracción de las siguientes normas:

- Artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (artículo 101 del TFUE) y jurisprudencia relativa a los mismos (STJUE 23-11-2006 C-238/05 ; STJUE 20-11-2008, C-209/07 , entre otras).

C) Al amparo del artículo 88.1. d) de la Ley Jurisdiccional , *por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.* En concreto se alega en este escrito de preparación infracción de las siguientes normas:

- Infracción de las normas de la sana crítica en la valoración de la prueba, llevando a cabo el juzgador una valoración de los datos acreditados en autos, que es arbitraria e irrazonable y vulnera por ello los artículos 9.3 y 24 de la Constitución . Ello en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual aunque la valoración de la prueba no puede ser discutida en casación, sí pueden ser objeto de revisión en sede casacional, determinados temas probatorios o relacionados con la prueba como la infracción de las reglas de la sana crítica o cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables».

La Secretaria Judicial de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó por diligencia de ordenación de fecha 13 de mayo de 2014 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- La parte recurrente, presentó con fecha 9 de julio de 2014 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que solicitó se case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2012 que la misma dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente.

Y para ello invoca un único motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por infringir la sentencia las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión debatida y, en particular, del artículo 1.1.a) de Ley 15/2007, 3 de julio de 2007 , de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (artículo 101 del TFUE) y jurisprudencia dictada con relación a los mismos, representada por las SSTJUE de 23 de noviembre de 2006 (C/238/05) y 20 de noviembre de 2008 (C/209/07), entre otras.

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales D. Ricardo Ludovico Moreno Martín en representación de la Asociación Española del Gas (SEDIGAS), compareció y se personó como parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 8 de septiembre de 2014, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Tercera de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.



SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación procesal de la Asociación Española del Gas (SEDIGAS), parte recurrida, presentó en fecha 20 de noviembre de 2014 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala declare no haber lugar y, por tanto, desestime íntegramente el precitado recurso de casación imponiendo a la recurrente las costas causadas.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 17 de enero de 2017, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 10 de marzo de 2014, estima el recurso seguido ante la misma bajo el núm. 427/2012 , a instancia de la Asociación Española del Gas (SEDIGAS), contra la resolución dictada el 30 de julio de 2012 por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el expediente sancionador S/0256/10 (INSPECCIONES PERIODICAS DE GAS) incoado contra la Asociación Española del Gas (SEDIGAS) y contra la Asociación Española de Operadoras de Gases Licuados del Petróleo (AOGLP) sobre prácticas restrictivas de la competencia, sancionando a la entidad ahora recurrente con la multa de 900.000 euros por las conductas infractoras que se reseñan en la resolución dictada -ha resultado acreditada una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), de la que es responsable la Asociación Española del Gas (SEDIGAS)- y anula la resolución impugnada.

Como se recogió en el antecedente de hecho primero también sancionó, con multa de 500.000 euros, a la Asociación Española de Operadoras de Gases Licuados del Petróleo (AOGLP) por su conducta igualmente prohibida por el mismo artículo 1.1.a) de la LDC .

SEGUNDO.- Conviene añadir ahora que por, sentencia de 14 de marzo de 2014, la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional estimó el recurso núm. 467/2012 , interpuesto por la otra entidad expedientada y sancionada (AOGLP) y, en consecuencia, anuló la misma resolución de la CNC de 30 de julio de 2012. Dicha sentencia sería firme al no haber sido recurrida por la Administración del Estado, en principio por estar excluida del recurso de casación, por razón de la cuantía litigiosa -500.000 euros- que no alcanza el umbral para acceder a dicho recurso.

Y, por otra parte, la resolución de 30 de julio de 2012 objeto ahora de impugnación a través del reseñado procedimiento ordinario núm. 427/2012, fue ya objeto de recurso tramitado bajo el núm. 7/2012, a instancias de la entidad AOGLP, a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales que concluyó con la sentencia dictada por la misma Sala y Sección en fecha 14 de mayo de 2013 , con un pronunciamiento desestimatorio desde la perspectiva de los derechos fundamentales amparados en los artículos 14 a 30 de la Constitución .

TERCERO. - La sentencia recurrida recoge en sus fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto los aspectos más relevantes de la resolución sancionadora de la CNC, en particular una referencia al marco general del sector del gas y los hechos probados en el expediente, con reseña de las distintas actas de los años 2006 a 2010 del Comité de Distribuidores, y, en lo que ahora interesa, la conducta de SEDIGAS en relación con las IP (inspecciones periódicas), el SAU (servicio de atención de urgencias), y los Derechos de Alta (altas, enganches y verificaciones), para concluir:

« 4. (...) Y sobre esa base se concluye que se ha producido una concordancia de voluntades entre los distribuidores para actuar de manera concertada en el seno de las respectivas Asociaciones y desde ella, en relación con la fijación de precios de determinadas actividades susceptibles de regulación por las Comunidades Autónomas. Se aprecia que el alcance de la conducta puede ser diferente dependiendo del tipo de servicio y asociación pero la naturaleza de la conducta es similar respecto a las diferentes actividades analizadas por cada una de las Asociaciones.

En definitiva, la Resolución acoge la calificación de la Dirección de Investigación, para quien "*...estos hechos refrendan la existencia de una conducta anticompetitiva tendente al alineamiento de las solicitudes de las empresas distribuidoras respecto de estos precios regulados y de sus justificaciones de costes, con objeto de eliminar la competencia referencial e influir en los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para lograr la fijación de unos precios superiores a los que aseguraran unos beneficios razonables en relación a los costes de cada distribuidora*" y, en consecuencia, considera que la conducta imputada a la hoy actora infringe el artículo 1 de la LDC .

Y luego, en sus fundamentos de derecho 6, 7 y 8, para contestar a los motivos de impugnación que enuncia en el fundamento 5 (así indeterminación de la conducta reprochada y falta de tipificación; que la



conducta sancionada no tiene aptitud para restringir la competencia; lesión de los derechos fundamentales de asociación, petición, libertad de expresión e información; inexistencia de una recomendación colectiva; subsidiariamente, falta de culpa en la actuación de SEDIGAS; y, subsidiariamente también, sobre la cuantificación de la sanción impuesta: falta de motivación y de proporcionalidad) razona:

« 6. La resolución de 30 de julio de 2012 objeto de la actual impugnación a través del procedimiento ordinario, fue ya objeto de recurso tramitado bajo el número 7/2012 a instancias de la entidad AOGLP a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales jurídicos que concluyó con la sentencia dictada por esta misma Sala y Sección en fecha 14 de mayo de 2013 con un pronunciamiento desestimatorio desde la perspectiva de los derechos fundamentales amparados en los artículos 14 a 30 de la Constitución y cuyos fundamentos jurídicos damos aquí por reproducidos, para evitar repeticiones innecesarias, habiendo así dado ya respuesta la Sala a los motivos que de nuevo se reiteran en la demanda cuando se alega la vulneración de determinados derechos fundamentales que ya fueron tomados en consideración en la precitada sentencia.

Así el análisis que ha de hacerse ahora es precisamente el de las cuestiones de legalidad ordinaria que también se plantean en la demanda con carácter prioritario.

7. En efecto, la cuestión a decidir aquí y ahora en relación con la práctica objeto de análisis en el expediente de referencia es si puede ser considerada contraria al artículo 1.1 de la LDC que 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:*

- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".*

La razón última de antijuricidad de este tipo de conductas no es otra que la limitación de la independencia de comportamiento y la autonomía de los operadores económicos, principio básico e imprescindible para actuar con eficacia competitiva en el mercado.

La práctica objeto de análisis, según señala la propia CNC en su resolución *"y que se considera pudiera ser contraria al artículo 1 de la LDC es la consistente en la celebración de acuerdos entre las empresas distribuidoras asociadas a SEDIGAS y AOGLP para la elaboración de informes de precios a solicitar a las Administraciones Públicas por la ejecución de determinadas actividades cuyo precio debía ser regulado".*

Así la conducta sancionada habría consistido en la elaboración por parte de la hoy actora de unos estudios técnicos y de estimación de costes (los *"informes"* o *"estudios"*) sobre determinadas actividades que deben desarrollar las distribuidoras de gas en un marco de plena regulación e intervención administrativa, así como su remisión a las Comunidades Autónomas que venían obligadas a su regulación.

Las actuaciones analizadas y sobre las que se elaboraron dichos informes por parte de la Asociación recurrente fueron: inspecciones periódicas (IP), derechos de alta, enganche y verificación (Derechos de Alta) y servicios de atención de urgencias (SAU).

Lo verdaderamente peculiar de la conducta sancionada, amén del particular contexto normativo en que se produjo, es que lo es por limitar, según la propia CNC, la autonomía de las distribuidoras en su actuación no en el mercado, sino con la remisión de determinada información a las Administraciones Públicas. Así en el Pliego de Concreción de Hechos se afirma expresamente que la conducta sancionada *"no se produce en el mercado, sino en las relaciones de estas empresas con la Administración"*. En la misma Resolución se refiere también a la conducta de la actora hacia la Administración *"porque condicionando la información a la que acceden las Administraciones se pretende controlar en cierta medida el resultado de la regulación, ya sea de los servicios de IP o de los servicios de alta, enganche y verificación"* (página 135 de la Resolución); por ello dedica su principal argumentación a tratar de justificar como la llamada **"competencia referencial"**, que nunca puede darse en el mercado, se ha podido ver afectada, imponiéndose finalmente la sanción por esa restricción a la competencia referencial derivada de la elaboración de los informes por la Asociación recurrente.

Es también importante dejar constancia de la existencia de modificaciones normativas de especial calado con impacto directo en las obligaciones de las distribuidoras en relación con las precitadas actividades,



siendo así que la competencia recayó en las Comunidades Autónomas que por primera vez resultaron ser las competentes para proceder al desarrollo reglamentario, para su territorio respectivo, dándose la circunstancia que la mayoría de las Comunidades Autónomas procedieron a regular las actuaciones de referencia muy tardíamente, siendo en ese marco de plena regulación e intervención administrativa, en este caso de las Comunidades Autónomas, donde se produjo la elaboración de los informes en cuestión.

Para los Derechos de Alta, tras la entrada en vigor del 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 enero de 2003, a las distribuidoras se les encomendaron nuevas obligaciones y nuevos servicios que debían ser determinadas reglamentariamente, de acuerdo con la Ley 34/1998, de 7 de noviembre, del Sector de Hidrocarburos.

Lo mismo ocurría unos años más tarde con las IP, resultando que para cuando debían haber sido fijadas las tarifas y los servicios a ejecutar ninguna Comunidad Autónoma había adoptado la reglamentación correspondiente; algunas Comunidades Autónomas regularon muy tarde los Derechos de Alta (varios años después) constando también en el expediente que el primero de los Informes de costes se envió entre junio y octubre de 2003 y únicamente a cinco Comunidades Autónomas -Castilla y León, Cantabria, La Rioja, Asturias y Comunidad Valenciana- dándose la circunstancia de que en este último caso el envío respondió incluso a la propia solicitud sobre la cuestión por la propia Comunidad Autónoma.

Consta igualmente en el expediente que en el año 2009 se remitió el Informe de costes actualizado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, también en contestación a solicitud expresa y por escrito del Jefe de Servicio de Programas de Fomento Energético y Reglamentación, enviándose comentarios y una tabla de estimación de costes actualizados a 2009 a dicha Comunidad en contestación a la solicitud de comentarios al proyecto de Decreto que se estaba elaborando.

Todo lo anterior resulta muy significativo a la hora de valorar la alegada ausencia de objeto anticompetitivo de las conductas sancionadas.

Por lo que se refiere a las IP el contenido de la actividad de las distribuidoras de gas (artículo 58 de la LSH), se refiere a las funciones de construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo; asimismo la inspección de las instalaciones receptoras de gas de sus usuarios con la periodicidad fijada reglamentariamente (Real Decreto 1434/2002). También en un contexto de cambio de normativo con la entrada en vigor del Real Decreto 919/2006 y recayendo nuevamente en las Comunidades Autónomas el establecimiento de tarifas a abonar a las distribuidoras por la prestación de los servicios relacionados con la inspección periódica, tras haberse, además, producido una demora por parte de las Comunidades Autónomas, es cuando tuvo lugar la remisión de los informes respectivos, dándose la circunstancia, tal y como consta en el expediente, que por el propio Ministerio de Industria se reclamó de la actora la presentación de una propuesta de precios asociados a la IP como así se reconoce en la propia Resolución de la CNC (página 25).

Y en relación a los derechos correspondientes al SAU de nuevo nos encontramos con cambios normativos que se produjeron en relación con este servicio, básicamente por la Ley 24/2005, atribuyendo a las distribuidoras la obligación de mantener un sistema operativo que asegurase la atención permanente y la resolución de incidencias que, con carácter de urgencia, pudieran presentarse en las redes de distribución y en las instalaciones de los consumidores. Consta en el expediente que la actora se dirigió en dos ocasiones a la Dirección General de Política Energética y Minas del entonces Ministerio de Industria para solicitar el reconocimiento retributivo asociado a la aprobación de Ley de Reformas para el Impulso a la Productividad, en el que se recogía ya una estimación de los costes asociados a la realización de los servicios en cuestión. Ahora bien, y tal y como se reconoce en la propia Resolución impugnada *"los envíos a las Comunidades Autónomas no se realizaron, sino que se decidió a esperar a que alguna Comunidad Autónoma regulara estos precios"* (página 57). De hecho también se admite que, *"no existe prueba documental de que finalmente se elaborara la referida propuesta de precios"* (página 57), llegándose incluso a reconocer que la comunicación no llegó a enviarse a ninguna Comunidad Autónoma, como tampoco se envió el estudio de costes (*como queda acreditado...el informe no sería finalmente enviado a ninguna Comunidad Autónoma"*), (página 54). No, obstante en la Resolución no se toma en consideración esta última circunstancia produciéndose una suerte de equiparación con las otras actividades en las que la Asociación recurrente no actuó de la misma manera.

En definitiva, no existe constancia de la remisión de informe alguno a las Administraciones en cuestión en relación con los Derechos de Alta; de ahí que resulte improcedente la equiparación que se hace en la Resolución con el resto de los Servicios considerados.

De lo dicho hasta aquí se desprende la concurrencia de determinadas circunstancias muy relevantes a juicio de la Sala para la decisión:



-La conducta sancionada tuvo lugar en un contexto de sucesivas modificaciones normativas que tuvieron un impacto directo en las obligaciones y en las actuaciones de las distribuidoras, recayendo novedosamente las competencias en las Comunidades Autónomas para proceder al desarrollo reglamentario de estas materias, desarrollo normativo que se ha producido tardíamente y en algunos casos hasta la fecha no se ha producido.

-Los contactos con el entonces Ministerio de Industria por parte de la Asociaciones fueron constantes, la propia CNE (organismo regulador especializado en la materia) tuvo conocimiento de la elaboración de los informes, tal y como consta en el expediente administrativo, considerándolos habituales, incluso razonables.

-También ha quedado acreditado que en algunos casos las solicitudes procedieron de la propia Administración requiriendo a la actora información para proceder a regular las actuaciones analizadas.

-Los informes de la Asociación fueron emitidos en un marco de plena regulación e intervención administrativa.

-No obstante hacer extensible las conclusiones a las que se llega en la Resolución impugnada en relación con la elaboración de informes de IP también a los informes de Derechos de Alta y SAU, lo cierto es que tal y como consta en el expediente, en este último caso ni siquiera llegó a remitirse informe alguno a las Comunidades Autónomas.

8. Si lo anterior es ya suficiente, a juicio de la Sala, para poner en entredicho el objeto anticompetitivo de las conductas sancionadas por la CNC, lo que definitivamente lleva a la Sala a entenderlo estimarlo ausente en este caso concreto, más allá de los juicios de intenciones, es que el seguimiento de los informes por parte de las Comunidades Autónomas no coincide con el que se pretende atribuir en la resolución impugnada. En efecto tal y como ha quedado acreditado en el proceso, en concreto, mediante la documental que recoge las respuestas dadas por las distintas Comunidades Autónomas a los requerimientos de información en su día remitidos por la Dirección de Investigación en relación a si tuvieron en cuenta los informes de IP de la actora, - respuestas que constan en el Documento nº 1 que acompaña a la demanda en el que figuran las distintas respuestas dadas por cada una de las Comunidades Autónomas a la CNC en relación con la información interesada-. Dicha prueba pone de relieve también las distintas fuentes de información y no sólo los informes remitidos por la actora, que fueron tomados en consideración en orden a la regulación del régimen económico de los servicios que prestan a los usuarios las empresas suministradoras de gas dentro del margen de discrecionalidad con el que las autoridades de cada Comunidad Autónoma cuentan para determinan las tarifas aplicables a las distintas actividades.

La incidencia que efectivamente tuvieron las propuestas de SEDIGAS no pasó de ser un elemento más a tener en cuenta, en algunas ocasiones ni siquiera fueron tomadas en consideración, para la determinación de tarifas en el ejercicio de la facultad reguladora atribuida a la Administración Autonómica.

Para que la actuación resulte prohibida por ir más allá de la actividad normal de presión ejercida por cualquier asociación en defensa de los intereses de sus asociados, no basta con apreciar como hace la Resolución que *"la propia actuación de las partes busca distorsionar el ejercicio de esta potestad o alterar las condiciones en las que la misma se produce, hasta el punto de ser apta para viciar su resultado"* (página 133), pues no cabe duda del amplio margen de discrecionalidad con que las Comunidades Autónomas cuentan a la hora de determinar dichas tarifas, lo que resulta de la existencia misma de variaciones entre los costes propuestos por la Asociación y las tarifas finalmente aprobadas por las distintas Administraciones Autonómicas, como igualmente de los diferentes niveles de precios establecidos así como las contestaciones a que nos hemos referido de las distintas Comunidades Autónomas sobre el escaso o incluso nulo uso que hicieron de los estudios de costes en cuestión.

En buena lógica, mediante la revisión de los estudios de costes elaborados por la actora se pretendía influir en la decisión que finalmente adoptasen las Comunidades Autónomas en relación con las tarifas, de tal forma que éstas cubriesen los costes de las distribuidoras en las distintas actividades consideradas; pero ello no produce por *"su propia naturaleza"* el efecto de restringir la competencia. En este caso el consenso respecto de las actuaciones con las Administraciones Públicas que es objeto de reproche no resulta objetivamente idóneo para unificar los comportamientos de las empresas asociadas en el mercado, tal y como exige el artículo 1 de la LDC .

Por lo demás, la Sala ya ha tenido ocasión, en supuesto análogo al presente, de interpretar el artículo 1 de la LDC llegando a la conclusión igualmente de que la conducta no era típica y por ello la conducta no era sancionable por falta de aptitud para distorsionar la competencia (...).

Y se apoya en la interpretación de los entonces artículos 1.1 y 10.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , por una sentencia de la propia Sala y Sección, de 5 de diciembre de 2000 , de la que merece ahora citarse:

« **TERCERO** : Desde tales presupuestos legales han de ser analizadas las imputaciones que pesan sobre la recurrente.

El acuerdo que el TDC considera contrario a la libre competencia, lo es dos propuestas a la Administración de Cataluña, en orden a fijación de servicios y tarifas y subida de tarifas. La propia Resolución impugnada admite que la recurrente por sí misma no tiene competencia para dar fuerza a los acuerdos porque tales acuerdos han de ser necesariamente aprobados por la Administración en ejercicio de facultades administrativas.

Sin embargo, el razonamiento del TDC parte de la idea de que dado el conocimiento de la actora del sector económico de que se trata, la Administración seguirá la propuesta dadas las dificultades que esta tiene para evaluar los aspectos esenciales en el sector del mercado que nos ocupa.

Y aunque ello pueda ser cierto, las competencias administrativas en orden a la adopción de las medidas propuestas impide reconocer aptitud para afectar al mercado las propuestas en sí mismas que nos ocupan. Porque, con independencia de que la Administración pueda encontrar dificultades para la exacta valoración del sector económico en cuestión, lo cierto es que cuenta con medios para valorar las concretas propuestas, y competencia para aceptarlas o rechazarlas, impidiendo por ello que la voluntad de la actora pueda, aún potencialmente, afectar a la libre competencia, toda vez que se interpone en la efectividad de su decisión la voluntad de la Administración pública.

Visto que los acuerdos en sí mismos no tienen aptitud para falsear la libre competencia, no se cumple el tipo infractor aplicado, y por ello la conducta no es sancionable".

A esta misma conclusión hemos de llegar aquí también en la consiguiente estimación del recurso».

CUARTO.- Se invoca un único motivo casacional, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por infracción del artículo 1.1.a) de Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (artículo 101 del TFUE) y jurisprudencia dictada con relación del mismo, así SSTJUE de 23 de noviembre de 2006 (C/238/05) y 20 de noviembre de 2008 (C/209/07).

Arguye el Abogado del Estado que solo la lectura apresurada de la decisión administrativa y una apreciación parcial de los elementos probatorios disponibles ha conducido a la sentencia a considerar que la conducta sancionada por la CNC no resultaba contraria a la LDC porque carecía de aptitud para afectarla desde el momento en que las administraciones destinatarias de los informes emitidos por la entidad sancionada tenían amplias facultades discrecionales para regular aquellos extremos a los que se referían los estudios e informes.

Además la sentencia omite considerar que como consecuencia del alcance monopolizador de la información remitida a la administración por parte de las asociaciones del sector se producen dos efectos inmediatos que revelan la actitud anticompetitiva de la elaboración y remisión de los informes y estudios, que se concretan, por un lado, en el efecto condicionante de la información suministrada y por otro, como consecuencia de la regulación que pudiera aprobarse, lo cual es tanto como considerar que se produce un evidente efecto restrictivo de la competencia.

Considera que la sentencia estima el recurso por considerar que la conducta por la que se sancionaba a SEDIGAS consistía en la elaboración y remisión de informes a las Administraciones autonómicas competentes relacionados con el precio de determinados servicios regulados (inspecciones periódicas, altas enganches y verificaciones y servicios de atención urgente) y que dicha conducta no puede considerarse que tenga per se un objeto anticompetitivo, en lo esencial porque, además de que no consta que se remitieran tales informes y/ o estudios o propuestas con respecto a los derechos de alta, no existen elementos de juicio bastantes como para considerar que la conducta de que se trataba tenía por objeto eliminar o reducir la llamada competencia referencial (la que debe existir en un mercado regulado en función o como consecuencia de los costes de unas y otras empresas) porque los tales informes no pasaron de ser uno mas de los elementos de los que dispusieron las autoridades autonómicas que en su momento tuvieron que regular los aspectos sobre los que se versaban tales estudios de costes, porque existía un amplio margen de discrecionalidad para ellas y porque para que una actuación resulte prohibida no es suficiente la mera apreciación de que lo que se busca en distorsionar esta facultad o alterar las condiciones en las que se produce ya que la elaboración y emisión de tales informes no produce por su propia naturaleza el efecto de restringir la competencias dado que no es objetivamente idóneo para unificar comportamientos de las empresas que operan el mercado, tal y como exige el artículo 1 de la LDC . En definitiva, dice la sentencia que la conducta no es sancionable por falta de aptitud para distorsionar la libre competencia.

E insiste en que la sentencia funda la conclusión estimatoria del recurso -la falta de aptitud de la conducta sancionada para afectar a la competencia- en una apreciación parcial de los factores concurrentes que no toma en consideración algunos otros (que ni siquiera menciona) y que sin embargo resultaban relevantes para enjuiciar en la debida forma la aptitud de la conducta anticompetitiva de la que se trataba.



De lo que se trataba -y la sentencia elude hacerlo -es de valorar si en función de los datos disponibles la conducta imputada a la sancionada tenía la aptitud anticompetitiva que la Sala sentenciadora la niega, sin ponderar en modo alguno los aspectos reseñados a tal fin en la resolución de la CNC y el Abogado del Estado enuncia una serie de ellos. A su juicio la Sala "a quo" se limita a entender que la conducta carece de aptitud para afectar a la competencia porque la competencia regulatoria corresponde a las Administraciones Públicas.

Por otra parte, la sentencia omite considerar que como consecuencia de alcance monopolizador de la información remitida a la Administración por parte de las Asociaciones del sector se producen dos efectos inmediatos que revelan la aptitud anticompetitiva de la elaboración y remisión (a la Administración y a los asociados) de los informes y/o estudios, que se concretan, por un lado, en el efecto condicionante de la información suministrada y, por otro y como consecuencia, de la regulación que pudiera aprobarse, lo cual es tanto como considerar que se produce un evidente efecto restrictivo de la competencia.

QUINTO.- En su escrito de oposición la parte actora en la instancia y hoy recurrida, sostiene, en síntesis, que:

- 1) La resolución anulada por la sentencia recurrida ha sido igualmente declarada inválida por otra sentencia que ha ganado plena firmeza.
- 2) El recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado carece de toda fundamentación jurídica y se apoya únicamente en algunos confusos elementos fácticos propios del debate de instancia.
- 3) Sobre los hechos que la Abogacía del Estado considera que la sentencia "pasa por alto", cuando sin embargo son aspectos no acreditados ni razonados mínimamente en el escrito de interposición, erróneamente entendidos por la recurrente y sobre los cuales la sentencia se pronuncia expresa y detalladamente.
- 4) Sobre los pretendidos efectos monopolizadores enunciados -y no razonados- en el escrito de interposición y supuestamente no considerados por la sentencia, recoge como, a su juicio, se analizan pormenorizadamente a la vista de las pruebas obrantes en la instancia.

SEXTO.- Conviene señalar que en el escrito de preparación -que antes se recogió en el antecedente de hecho segundo- la Administración recurrente anticipó los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos por la sentencia recurrida, anunciando que tales infracciones normativas o jurisprudenciales se desarrollarán en el escrito de interposición del recurso de casación, e invoca tres motivos, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA por incongruencia y falta de motivación de la sentencia; el segundo al amparo del apartado d) por infracción del artículo 1.1.a) de la LDC, artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (artículo 101 del TFUE) y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita; y, el tercero, también al amparo del motivo del apartado d), por infracción de las normas sobre valoración de la prueba.

SÉPTIMO.- Ahora, en el motivo único del recurso, la Administración recurrente, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LRJCA, lleva a cabo un desarrollo del mismo en el que realiza una mezcla de denuncias, no todas incardinables en el supuesto previsto del apartado d) citado. Así, por una parte, la recurrente considera infringido el artículo 1 de la LDC, en relación con la doctrina jurisprudencial que entiende vinculada a dicho precepto, representada por las SSTJUE de 23 de noviembre de 2006 y 20 de noviembre de 2008 antes citadas, aunque no se ponen las mismas en conexión con la infracción alegada.

Por otra parte, también imputa a la sentencia impugnada incongruencia y falta de motivación, como resulta del desarrollo argumental del motivo de casación. E igualmente discrepa de la apreciación parcial, a su juicio, de los elementos probatorios disponibles.

Estas consideraciones sobre la incongruencia y falta de motivación no se encuentran individualizadas y acotadas en el escrito de interposición del recurso como motivo del apartado c) del reiterado artículo 88.1 de la LRJCA, sino que se engloban, como hemos visto, dentro del enunciado y citado apartado d) del mismo precepto. En consecuencia, no es susceptible de admisión el citado motivo dado que mezcla alegaciones relacionadas con varios motivos y mezcla errores "in procedendo" e "in iudicando" por lo que anticipamos, debe declararse su rechazo.

Así, entre otras, la sentencia de 8 de mayo de 2006 -recurso núm. 229/2004- de esta Sala, Sección Tercera, se ha pronunciado en los siguientes términos:

«Es doctrina reiterada de esta Sala, que por ello exime de cita concreta que "no cabe invocar en un mismo motivo -subsidiaria o acumulativamente- el amparo de dos supuestos diferentes de los previstos en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y que dicho planteamiento acumulativo del motivo a cuyo amparo se formula el recurso, no resulta acorde con la naturaleza peculiar y extraordinaria del recurso de casación".



Con ello bastaría para desestimar este motivo tercero, porque en el mismo claramente se empieza afirmando que se articula, por razones sistemáticas y de mejor comprensión, al amparo conjunto de los apartados c) y d) del artículo 88.1, si bien disociando cada uno de esos dos diversos aspectos en tres subapartados. Pero es claro que tal formulación choca abiertamente con nuestra doctrina acabada de citar.

Mas, en cualquier caso, el motivo en ninguno de sus tres subapartados podría prosperar (...).

De igual modo, en la sentencia de 22 de marzo de 2002 -recurso núm. 5928/2003-, la Sección Tercera de esta Sala ha declarado lo siguiente:

«Los motivos de casación segundo, tercero y cuarto deben ser inadmitidos al incumplir la Entidad recurrente en la formulación del escrito de interposición los requisitos que preceptúa el artículo 92 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al acumular en la fundamentación de los motivos segundo y tercero sendos motivos de los enunciados en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, incurriendo en la utilización de una defectuosa técnica procesal».

«A este respecto, conviene recordar que los apartados c) y d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, "tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación, pues dicho apartado d) está referido al "qué" del fallo, sobre el que se proyecta la infracción jurídica que se imputa al Tribunal "a quo", y el apartado c) al "cómo" de la sentencia, cuando en la formación de ésta se desatienden las normas esenciales establecidas al efecto en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el motivo que dibuja el apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA suministra cobertura al "error in procedendo", tanto en el curso del proceso, como en el momento mismo de la formación de la sentencia, y el motivo del apartado d) al "error in iudicando", es decir, al error de juicio cometido al resolver una cuestión objeto de debate" [ATS de 24 de octubre de 2013 (rec. núm. 4846/2011)]».

En definitiva, el motivo casacional mezcla infracciones reconducibles a los motivos previstos en los apartados c) y d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, siendo motivos que resultan excluyentes entre sí, lo que determina su inadmisión, o, en este momento, su desestimación.

Basta una lectura del escrito de la Abogacía del Estado para observar la constante mención a las omisiones en las que, a su juicio, incurre la sentencia recurrida, para rechazar este recurso, al no haberse formalizado el mismo invocando la pretendida vulneración de la necesaria congruencia y motivación que debe observar una resolución judicial, si entendía -como parece desprenderse del escrito de preparación- que incurría en tales vicios.

Por otro lado, también se adelantó en aquel escrito la infracción de las normas sobre valoración de la prueba, lo que luego no encuentra desarrollo en el escrito de interposición. En todo caso, parece que se cuestiona la valoración de la prueba que hace la Sala de instancia, cuando sabido es que en casación no puede pretenderse con éxito que esta Sala haga una nueva valoración de la prueba. El recurso de casación no puede fundarse en el error en que hubiese podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar la prueba, salvo que se haya alegado por el recurrente que se incurrió en infracción de las normas o de la jurisprudencia sobre el valor tasado de determinadas pruebas, en los contados casos en que la apreciación de la prueba no es libre, sino tasada, o cuando se trate de una valoración ilógica o arbitraria. Salvedades que no concurren en este caso, pues el motivo no se sustenta sobre las normas que pueden vertebrar tales infracciones.

No se invoca precepto alguno de la LEC sobre la congruencia de las sentencias, cuestión que además debió alegarse al amparo del apartado c) de la LJCA.

En todo caso, no puede hablarse ni de error en la valoración, ni que ésta sea irracional, ni contraria a la lógica razón o sana crítica. Únicamente, el Tribunal llega a una conclusión distinta a la pretendida por la Administración, pero motivando las razones por las que llega a esa convicción. La sentencia hace especial hincapié respecto a los datos obrantes en las actuaciones sobre el seguimiento de los informes por parte de las Comunidades Autónomas y respuestas correspondientes y la existencia de distintas fuentes de información, no solo los informes remitidos por SEDIGAS, y la escasa incidencia de estos últimos, que en ocasiones ni siquiera habrían sido tomados en consideración.

Son razones suficientes para rechazar este recurso.

OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo, de conformidad con la regla del artículo 139.2 LJCA, si bien, la Sala haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a la cantidad de 4.000 euros, más el IVA correspondiente, el importe máximo a reclamar por la parte recurrida y por todos los conceptos como costas procesales.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :
No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 10 de marzo de 2014, dictada en el recurso núm. 427/2012 , frente a una resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia sobre prácticas restrictivas de la competencia. Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO