

Id. Cendoj: 28079230062005100273
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/10/2005
Nº de Recurso: 124/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a tres de octubre 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 124/2003, se tramita, a

instancia de Federación de Asociaciones Empresariales de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y Afines de Euskadi (FAVI), representada por el Procurador D. Antonio M^a Álvarez-

Buylla y Ballesteros, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 18

de diciembre de 2002 (expte.: 530/01), sobre abuso de posición de dominio, en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha

intervenido como parte codemandada la Sociedad de Gas de Euskadi, representada por el

Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 25 de febrero de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 3 de marzo de 2003, acordó

tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Por escrito de 7 de mayo de 2003 se personó en autos Sociedad de Gas de Euskadi, y la Sala, por providencia de 29 de mayo de 2003 se le tuvo por personado en calidad 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.

Dentro del 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. Igualmente en su turno contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 27 de septiembre de 2005.

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, de fecha 18 de diciembre de 2002, que en su parte dispositiva declaró que no había quedado acreditada la comisión, por parte de NATURGAS, de una conducta contraria al artículo 6 de la LDC.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que el fondo de la cuestión sobre la que versa el recurso es la comisión por la empresa codemandada de las infracciones descritas por el artículo 6, apartados 1 y 2.b) LDC y artículos 6, 7 y 17 LCD.

El Abogado del Estado contesta que no está determinada en el expediente, de forma fehaciente, la fijación por la codemandada de precios predatorios, sino que los precios pagados a las empresas con las que subcontrata la revisión de las instalaciones de gas es inferior al precio ofertado a los clientes.

La parte codemandada alega que incumbe a la actora acreditar la existencia de precios predatorios, sin que tales precios resulten acreditados en el expediente, y que no se realizaron actos de engaño y confusión contrarios a la LCD, pues la publicidad efectuada, que obra en el expediente, es suficientemente clara.

TERCERO.- La Sala considera acreditados los siguientes hechos:

1) En el año 1999, en el País Vasco el mantenimiento de las instalaciones de gas en condiciones técnicas de seguridad, conllevaba tres tipos de operaciones:

1.1.- Inspección periódica, a realizar únicamente por la empresa suministradora. No existe ningún tipo de previsión normativa en cuanto a los requisitos de formación que se deban aplicar al personal técnico que, perteneciendo a una empresa suministradora, se dedica a realizar este tipo de inspecciones. El responsable de la realización de la inspección y de cómo se ha efectuado es, siempre y en todo caso, la empresa suministradora, en este caso Naturgas, que realizará la inspección de acuerdo con los sistemas, métodos y medios que considere pertinentes. Sólo en el supuesto de que esta inspección sea contratada por la empresa suministradora con terceros, se exige que ese tercero, sea una empresa que esté autorizada como empresa instaladora.

1.2.- Revisión periódica a realizar cada cuatro años y de la que es responsable el titular usuario, debiendo contratar para ello los servicios de una empresa instaladora o de un profesional titular de un carné de instalador de gas.

1.3.- Inspección comunitaria de la instalación, de la que es responsable también el titular de la instalación, es decir, la comunidad de propietarios, debiendo contratar para ello, al igual que en el caso anterior, los servicios de una empresa autorizada o de un profesional titular de un carné de instalador de gas.

2) La sociedad codemandada, NATURGAS, es filial del Grupo Gas de Euskadi S.A., que posee el 100% de las sociedades NATURGAS COMERCIALIZADORA S.A. y NATURGAS PARTICIPACIONES SA. Gas de Euskadi pertenece, a su vez, al Ente Vasco de la Energía que tenía, en el ejercicio de 1999, el 79,5% de su capital. El Ente Vasco de la Energía suministraba gas, según datos de EUSTAT referentes a 1996, al 92% de los habitantes del País Vasco.

3) El día 5 de julio de 1999 NATURGAS dirigió una carta al Departamento de Industria del Gobierno vasco mediante la que le informa que esa sociedad pondrá en marcha, con fecha 1 de septiembre de 1999, el servicio de inspección de sus instalaciones. Se acompaña a dicha carta copia del folleto dirigido por NATURGAS a sus clientes en la que se les informa del nuevo servicio.

4) El texto de la comunicación al cliente es el siguiente:

Distinguido cliente:

Permítanos unos minutos de su tiempo, para que le ofrezcamos la posibilidad de ahorrar dinero y ganar seguridad.

En primer lugar, ya sabe que es imprescindible mantener las instalaciones de gas natural en perfecto estado para asegurar siempre su buen funcionamiento. Y que para ello, cada usuario debe realizar por mediación de una empresa instaladora autorizada, la revisión de la instalación cada 4 años.

Además, para constatar la ausencia de defectos y su buen mantenimiento cada 4 años, NaturGas efectúa una inspección.

Dado que últimamente, se han producido casos de incertidumbre entre nuestros clientes a la hora de contratar la revisión, hemos pensado que la mejor manera de solucionar esta situación es realizando la revisión y la inspección a la vez.

De esta forma no debe preocuparse de nada ya que, si así lo desea, NaturGas le ofrece la revisión obligatoria junto a la inspección y así contará con todas las garantías por un precio módico. No obstante, queremos recordarle que puede contratar este servicio con cualquier empresa instaladora.

Unos días antes de cuando le corresponda realizar la inspección de su instalación, nos pondremos de nuevo en contacto con Ud., al objeto de ofrecerle este servicio de forma concreta.

5) NATURGAS envió también una segunda carta cuyo texto, entre otras cosas, señala:

Distinguido cliente:

De nuevo nos ponemos en contacto, para comunicarle que ha llegado el momento de efectuar la inspección de su instalación receptora de gas natural, que realizaremos en las próximas semanas. Este servicio lo realiza NaturGas y es gratuito para Ud. y le será debidamente anunciado, bien a través de un cartel en el portal o nota en su buzón personal. Es conveniente que ese día deje a alguien encargado de recibirnos.

Como Ud. ya conoce, los Usuarios de las instalaciones de gas deben mantener en buen estado las mismas y realizar también, cada cuatro años la revisión de su instalación por mediación de una Empresa Instaladora Autorizada.

Dicha revisión puede realizarse junto a la inspección, ya que NaturGas le ofrece esa posibilidad. De esta forma cumple con sus obligaciones reglamentarias con la garantía que le ofrece NaturGas.

Y ahorrará dinero, ya que abonará 3.200 ptas. (IVA incluido), por la revisión de su instalación individual, que además pagará junto con su próxima factura de gas natural.

En cuanto a la inspección de la instalación comunitaria, será gratuita siempre que Ud. decida realizar la revisión de su instalación individual con nosotros.

Nos permitimos recomendarle que aproveche esta oportunidad, aunque insistimos en que la aceptación de esta oferta es completamente voluntaria.

CUARTO.- Como es conocido, la infracción de abuso de posición dominante, descrita en el artículo 6 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), requiere como elementos característicos, la posición de dominio en un mercado y la explotación abusiva de esta última.

En este caso, no se discute que existen dos mercados distintos: a) el mercado del suministro de gas e inspecciones periódicas en el País Vasco, en el que NATURGAS tiene una posición de dominio, con una cuota del 92% de dicho suministro, b) el mercado de las revisiones.

La Resolución impugnada afirma que NATURGAS tiene una posición de dominio también en el mercado de las revisiones de las instalaciones de gas en el País, Vasco, por aplicación de la doctrina denominada de los mercados conexos. La doctrina de los mercados conexos, a efectos de aplicación de la infracción de abuso de posición dominante, ha sido admitida por el TJCE, y a ella nos hemos referido en nuestra sentencia de 7 de febrero de 2005 (recurso 192/2002), admitiendo que un

abuso de posición dominante en un mercado puede constituir una infracción del artículo 6 LDC en virtud de los efectos que produce en otro mercado relacionado. O en palabras del TPI, sentencia de 17 de diciembre de 2003 (asunto T-219, apartado 127), "un abuso de posición dominante cometido en el mercado sectorial dominado pero cuyos efectos se dejan sentir en un mercado distinto donde la empresa de que se trata no ocupa una posición de dominante puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 82 siempre que dicho mercado distinto está suficientemente relacionado con el primero."

Por ello, coincidimos con la Resolución impugnada en que la codemandada NATURGAS, que tiene una clara posición de dominio en el mercado del suministro del gas e inspecciones periódicas, también la tiene en el mercado de revisiones, porque se trata de un mercado conexo, pues la posición de dominio en el primer mercado proporciona a NATURGAS un conocimiento exhaustivo de las necesidades de sus clientes y unas facilidades privilegiadas de acceso a los domicilio de los usuarios de gas.

QUINTO.- Sin embargo, y como resalta también la Resolución impugnada, falta en este caso la acreditación del acto abusivo de esa posición dominante, que es el segundo requisito necesario para la existencia de la infracción del artículo 6 LDC.

La parte actora sostiene que el abuso consistió en el ofrecimiento a los clientes de revisiones de las instalaciones a precios predatorios o por debajo de coste. La venta a precios inferiores al coste llevada a cabo por una empresa en posición de dominio es un claro supuesto de la infracción del artículo 6 LDC, pero sucede que en este caso no existe prueba de que los precios ofrecidos por la recurrente para las revisiones fueran predatorios o inferiores al coste.

Desde luego, las declaraciones del Director de Industria y Minas en las que se dice que el precio de una revisión es de 7.000 pesetas, son una prueba muy débil, ya que no existe en el expediente estudio o informe alguno que las soporte, mientras que, en sentido contrario, obran en el expediente los contratos realizados por NATURGAS con otras empresas (ELKE, INSERGAS y GUESA) para la realización de las revisiones (folios 50 y siguientes del expediente administrativo), en los que se pactan los precios que la codemandada se obligaba a pagar a los contratistas por cada revisión individual, que era el de 2.250 pesetas (ELKE), 1.950 pesetas (INSERGAS) y 2.600 pesetas (GUESA), no existiendo para la Sala ninguna duda de la veracidad de dichos contratos, entre otras cosas porque son de fecha anterior a la denuncia ante el SDC que inicia el expediente administrativo, de manera que, vistos los precios pactados con las empresas contratistas, no puede sostenerse que el precio de 3.200 por el que NATURGAS ofrecía la realización de revisiones en el mercado sea inferior al coste.

SEXTO.- Las alegaciones de la demandante acerca de la realización de una infracción del artículo 7 LDC, en relación con los artículos 6 y 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, tampoco pueden prosperar, porque los anuncios o cartas dirigidos por NATURGAS a los clientes, no tienen la aptitud para producir confusión, ni contienen indicaciones falsas, sino que, al contrario, tales cartas (folios 7 y 9 del expediente) advierten claramente respecto de las revisiones "...queremos recordarle que puede contratar este servicio con cualquier empresa instaladora...", y no sólo eso, sino que también se dice que "...si no desea realizar la revisión por mediación de la Empresa instaladora que le ofrece NaturGas y no conoce ninguna Empresa Autorizada, puede dirigirse a las Asociaciones de Empresas Instaladoras que a continuación detallamos....", indicando seguidamente los números de teléfonos en cada una de las provincias de Bizkaia, Guipúzcoa y Araba de 5 Asociaciones de

empresas instaladoras, entre las que se encuentra la hoy demandante.

SÉPTIMO.- 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 , contra la Resolución de Federación de Asociaciones Empresariales de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y Afines de Euskadi (FAVI), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 18 de diciembre de 2002, 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.