

ACUERDO DEL PLENO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN SOBRE EL EXPEDIENTE Nº 1/2009, ASUNTO GAS NATURAL”

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau,

Vocales

D. David Villacampa Gómez

D. Ignacio Moralejo Menéndez

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Carlos Corral Martínez

Zaragoza, a 22 de febrero de 2012

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y siendo ponente D. Javier Oroz Elfau, ha examinado el expediente tramitado por el Servicio de la Competencia de Aragón bajo el número 01/2009, en virtud de denuncia formulada por GAS ARAGÓN S.A. sobre posible vulneración de la libre competencia, y que ha remitido, con la consiguiente propuesta de resolución, la Dirección General de Economía del Departamento de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón.

ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 1 de febrero de 2012 se recibió en este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón un escrito remitido por el Director General de Economía del Gobierno de Aragón. En el mismo se hace constar que, con fecha 11 de febrero de 2009 se recibió en el Servicio de la Competencia de Aragón, mediante fax, comunicación de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la denuncia presentada por GAS ARAGÓN S.A. contra GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG S.A., por una supuesta infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en el envío de unas cartas, de fecha 2 de marzo de 2007, a los supuestos afectados por el Proyecto y Addenda I del gasoducto ALAGÓN-LA JOYOSA-SOBRADIEL de GAS ARAGÓN e instalaciones auxiliares.

Segundo.- En el citado escrito se expresaba como, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se determinaba que la competencia para resolver la sobre citada denuncia, en la parte correspondiente a una eventual competencia desleal, correspondía a los órganos de defensa de la competencia de Aragón, lo que se aceptó mediante escrito de la entonces denominada Dirección General de Política Económica, de 17 de febrero de 2009, y dirigido a la Dirección de Investigación, en aplicación del artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero. Con fecha 2 de marzo

de 2009 se recibió en el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón copia íntegra del expediente procedente de la Comisión Nacional de la Competencia.

Tercero.- Con fecha 24 de febrero de 2009 se adoptó Resolución de la entonces denominada Dirección General de Política Económica por la que se incoaba procedimiento sancionador contra GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A., por considerar que podían existir indicios de una conducta prohibida por el artículo 3 de la ley de defensa de la competencia. Dicha Resolución fue notificada al denunciado en fecha 26 de febrero de 2009 y a los interesados, según consta en el expediente.

Cuarto.- En la denuncia formulada por GAS ARAGÓN S.A. y remitida desde la Comisión Nacional de la Competencia se incorporaba copia de una carta que fue dirigida por GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A. a los supuestos afectados por el proceso de expropiación forzosa, constitución de servidumbre de paso y ocupación temporal, necesario para la ejecución del Proyecto y Addenda I del gasoducto ALAGÓN-LA JOYOSA-SOBRADIEL de GAS ARAGÓN e instalaciones auxiliares.

El envío de dicha carta por parte de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A. (en la que consta la fecha de 2 de marzo de 2007, aparece el logotipo de la empresa denunciada y viene firmada por el asesor jurídico de la Delegación GNDSDC Aragón, D^a M. L. G. C., y en cuyo pie de página consta la denominación y dirección de la empresa), se consideró indicio suficiente de la existencia de una conducta prohibida en materia de defensa de la competencia, tipificada en el artículo 3 (actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público) de la Ley de Defensa de la Competencia, lo que motiva la incoación del correspondiente expediente.

El contenido de la carta es el siguiente:

*“Gas Natural Distribución.
Zaragoza, a 2 de marzo de 2007.
Muy Sr/a nuestro:*

El pasado día 22 de febrero de 2007 fue publicado en el boletín Oficial de Aragón “ANUNCIO del Servicio Provincial de Industria, Comercio y Turismo de Zaragoza por el que se somete a información pública la solicitud hecha por Endesa Gas Transportista, S. L., sobre autorización administrativa, aprobación de ejecución y reconocimiento de utilidad pública del <Proyecto y addenda I del gasoducto Alagón – La Joyosa – Sobradriel> y sus instalaciones auxiliares, en los términos municipales de Bárboles, Pedrosa, Figueruelas, Grisén, Alagón, Torres de Berrellén, La Joyosa y Sobradriel”.

Según consta en el citado Anuncio, la ejecución de dicha obra afectaría a terrenos de su propiedad sobre los que, de aprobarse el Proyecto, se llevaría a cabo la expropiación forzosa.

Nos dirigimos a usted como afectado/a, con el fin de poner en su conocimiento que nuestra empresa, Gas natural Distribución SDG, S.A dispone ya actualmente de un Gasoducto similar al que se pretende construir y que va a entrar en servicio de forma inminente. La existencia de esta infraestructura de gas natural ya construida hace innecesaria la ejecución de otro proyecto tal y como el que ahora se publica.

Debe tenerse también en cuenta que el suministro de gas a las poblaciones afectadas, y en las que usted aparece como propietario de fincas, se retrasará varios años con el proyecto planteado, amén de los innumerables

perjuicios que conlleva realizar procedimientos de expropiación forzosa, como sería su caso.

Así pues, creemos que, como afectado, usted debe tener toda la información posible y, si lo considera oportuno, realizar alegaciones en defensa de sus derechos.

Sin otro particular, atentamente le saluda,

Delegación GNDSDC Aragón

Asesor Jurídico (...)"

Cinco.- Independientemente de los hechos acaecidos que pudieran o no ser indicios de una conducta prohibida, dadas las fechas de incoación del expediente sancionador tratado, la Propuesta de Resolución elevada a este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, que se incorpora a la presente Resolución, propone literalmente: "declarar la caducidad del procedimiento sancionador incoado a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A., por considerar que podían existir indicios de una conducta prohibida por el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, y proceder al archivo de las actuaciones".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- La cuestión suscitada por la denuncia formulada por Gas Aragón contra GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A., se encuentra comprendida dentro del ámbito objetivo de competencia que tiene asignado este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón por el artículo 1, apartado 3, de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en cuanto resulta patente que los hechos denunciados no podrían alterar la libre competencia más allá del ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en ningún caso en el conjunto del mercado nacional.

También al artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice que *"el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley"*.

En consecuencia, y de conformidad con la Disposición Adicional Octava del indicado texto legal, la traslación de esta disposición a los órganos aragoneses de defensa de la competencia determina que corresponde decidir sobre la no incoación de expediente y sobre el archivo definitivo de las actuaciones y de la denuncia al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, a propuesta de la Dirección General de Economía, a la que corresponde el ejercicio de las funciones de Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, como se deduce del artículo 10 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón, y del artículo 7.1.c) del Decreto 19/2012, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Economía y Empleo.

Y esto debe entenderse así pese a que el artículo 14.1 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, ya citado, asigne al Servicio los actos de archivo de actuaciones y los de trámite que impidan la continuación del procedimiento. Pero este precepto debe

entenderse desplazado por la nueva Ley estatal, que tiene la condición de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución, como expresa en su Disposición Final Primera.

En resumen, independientemente de la literalidad del artículo 14.1 del Decreto del Gobierno de Aragón 29/2006, de 24 de enero, que podría señalar, al menos indirectamente, atribuciones al Servicio de Defensa de la Competencia para el archivo de procedimientos, la competencia para resolverlos resulta hoy legal y exclusivamente atribuida a este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Segundo.- Dada la propuesta de archivo del expediente por caducidad del mismo elevada por el Servicio de Defensa de la Competencia en escrito del Director General de Economía del Gobierno de Aragón, procede, en primer lugar, determinar si el mencionado expediente ha incurrido en tal caducidad, toda vez que, en este caso, no procedería pronunciarse sobre el alcance de los hechos, aunque, dada las diferencias entre el instituto de la caducidad y el de la prescripción, habrá que distinguir también entre estos conceptos. El instituto de la caducidad terminaría con el procedimiento administrativo, aunque en ciertos casos podría ser repetido el procedimiento desde el principio, por lo que hay que considerar la caducidad meramente como la finalización del procedimiento por el transcurso del tiempo prescrito, mientras que la prescripción terminaría completamente con la acción sancionadora de la administración, que no podría repetir la acción.

Tercero.- Como pone de relieve la propuesta de resolución, el artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone un plazo de dieciocho meses para dictar y notificar las resoluciones que pongan fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia:

Artículo 36. Plazo máximo de los procedimientos.

1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente.

Por su parte, el artículo 38.1 de la misma norma indica que “*el transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento*”. En el mismo sentido se expresa el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

El acuerdo de incoación del presente expediente es de fecha 24 de febrero de 2009 y, por tanto la fecha de caducidad es de 24/08/2010, por lo que se ha de concluir que han transcurrido ampliamente los dieciocho meses previstos para resolver y notificar, con la consecuencia de la caducidad del procedimiento sancionador y aún casi el doble de dicho plazo.

CUARTO.- La mencionada propuesta de resolución elevada a este Tribunal dice en el apartado segundo de sus fundamentos que: “*Para determinar el alcance de las consecuencias de la caducidad del procedimiento sancionador, es preciso complementar las normas citadas en el fundamento anterior, con lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las*

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al que se debe dictar resolución que ordene el archivo de las actuaciones con los efectos previstos en el artículo 92 de la misma norma.”

Efectivamente resulta aplicable la mencionada ley 30/1992 en sus artículos 42.1 y 44.2 que señalan respectivamente, en su artículo 42.1:

Artículo 42. Obligación de resolver.

1.- “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”.

Y en su artículo 44.2:

Artículo 44. Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio.

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

- 1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.*
- 2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.*

Quinto.- El artículo 44 reproducido determina los efectos de la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados “de oficio”:

Al respecto habrá que tener en cuenta la regulación de la iniciación del procedimiento contenida en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que indica en su apartado 1 como “el procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Investigación (Servicio de Defensa de la Competencia), ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia. Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de las conductas reguladas por esta Ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente. La Dirección de Investigación (Servicio de Defensa de la Competencia) incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificará a los interesados el acuerdo de incoación”.

De conformidad con el criterio mantenido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyos artículos 68 a 73 contienen las disposiciones generales que regulan la iniciación del procedimiento administrativo, comenzando por afirmar

que los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de parte interesada (artículo 68), para después aludir a la denuncia -mera puesta en conocimiento del órgano competente de los hechos a que la misma se refiere- como una de las posibles formas o causas de iniciación del procedimiento de oficio, que puede tener lugar por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

Y específicamente, el artículo 49 de la Ley 25/2007 antes citado añade que la denuncia de las conductas prohibidas por esta Ley es pública; cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que iniciará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia.

De donde se infiere y confirma que la denuncia no es una forma de iniciar el procedimiento, ni implica tal iniciación. Por el contrario, constituye tan sólo uno de los posibles presupuestos en que el órgano competente al efecto puede apoyar, en su caso y tras las averiguaciones procedentes que le permitan apreciar la existencia de indicios de infracción legal específica, su decisión de incoar el oportuno procedimiento, en este caso sancionador. En tanto este acuerdo no se haya adoptado, a pesar de la denuncia, no puede hablarse de incoación del procedimiento.

Sexto.- Respecto a las consecuencias y efectos de la caducidad, el artículo 92.3 determina que *“la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”*, por lo que la caducidad del procedimiento sancionador incoado a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A. determina consecuentemente que el cómputo del plazo de prescripción de la infracción imputada no se puede considerar interrumpido en ningún momento.

Conforme se indica en el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sobre el que ahora se resuelve, los hechos descritos en el antecedente tercero debían ser considerados a la luz del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, a efectos de determinar si eran constitutivos de una conducta prohibida por competencia desleal.

El artículo 62.3.c) de la Ley de Defensa de la Competencia tipifica como infracción grave el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 de la misma ley. Y el artículo 68.1 de la misma norma fija un plazo de prescripción de dos años, a contar desde la fecha en que se cometieron los hechos susceptibles de ser calificados como infracción, para las infracciones graves.

Puesto que la carta motivadora de la denuncia tiene fecha del día 2 de marzo de 2007 y la caducidad del procedimiento incoado en fecha 24 de febrero de 2009 (y notificado el día 26) impide interrumpir el plazo de prescripción de la posible infracción, es preciso concluir también que los hechos denunciados han prescrito en fecha 2/03/2009 y no pueden ser objeto de un nuevo expediente sancionador.

Séptimo.- La mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común indica en su artículo 3 “Principios generales”, punto 2, como las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

Este criterio de eficiencia y servicio a los ciudadanos supone la necesidad de que los plazos reglamentarios no sean sino límites de tiempo extremos para las actuaciones, y que debe prevalecer el fondo de la diligencia al servicio del administrado por encima, si es posible, de los extremos máximos de la normativa. Es,

por tanto, lamentable que incluso esos plazos máximos hayan sido tan ampliamente rebasados en este expediente, dado que han transcurrido más de 17 meses a partir de la fecha de caducidad (24/08/2010), sin que las actuaciones realizadas en el desarrollo del expediente pudieran explicar tales dilaciones, provocando que los efectos positivos buscados en el ejercicio de la potestad resolutoria no puedan alcanzarse, ni lograrse los objetivos de defensa de la competencia que Tribunal y Servicio tenemos encomendados y pretendemos.

El Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón las funciones de “instruir y, en su caso, informar los procedimientos administrativos cuya resolución sea competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, según lo establecido en las letras a) y b) del artículo 3 del mencionado Decreto. Por otra parte el decreto señala también en su artículo 10, de creación y adscripción del Servicio de Defensa de la Competencia, que “dentro del Departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de economía existirá un Servicio de Defensa de la Competencia, que dependerá del titular del órgano directivo que se determine en el correspondiente Decreto de estructura orgánica del citado Departamento”, actualmente Dirección General de Economía.

Según lo que antecede, la función y competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón se limitan, en este caso, a emitir la resolución que nos ocupa e instar las correspondientes notificaciones. No corresponde al Tribunal el examen de las circunstancias que han dado lugar a la caducidad del expediente, lo que no es óbice para señalar el criterio de que la caducidad del presente procedimiento y la prescripción de los hechos que dieron lugar a su apertura no deben ser sino una excepción, independientemente de las justificaciones materiales que puedan concurrir.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación **EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN**

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar la caducidad del procedimiento sancionador incoado a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A., por considerar que podían existir indicios de una conducta prohibida por el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, y proceder al archivo de las actuaciones.

SEGUNDO.- No instar nuevo procedimiento en materia de defensa de la competencia dado, que los hechos denunciados han prescrito en fecha 2/03/2009 y no pueden ser objeto de un nuevo expediente sancionador.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de la Competencia de Aragón indicando al mismo que la notifique a los interesados. Notifíquese así mismo a la Dirección General de Economía del Departamento de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón.