



RESOLUCIÓN R 6/2012. Gas envasado de Pontevedra

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente

D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, 18 de diciembre de 2012.

El Consello Galego da Competencia, con la composición arriba expresada y siendo relator D. Francisco Hernández Rodríguez, dictó la siguiente resolución en el Expediente R 6/2012. Gas envasado de Pontevedra (Expediente 19/2012, de la Subdirección Xeral de Investigación) que trae su causa en la denuncia presentada el 23 de agosto do 2012 por D. Rafael Fariña Calviño, en calidad de gerente de la empresa Calviño Fariña, Rafael, SLNE, contra la empresa “María del Carmen Porto Diéguez”, suministradora de gas envasado de Repsol Butano para la zona de Vilagarcía de Arousa, Caldas de Reis, entre otras localidades, por supuestas infracciones de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de agosto del 2012, D. Rafael Fariña Calviño, en su calidad de gerente de la empresa Calviño Fariña, Rafael, SLNE., presentó denuncia en el Registro del Consello Galego da Competencia contra la empresa “María del Carmen Porto Diéguez”, suministradora de gas envasado de Repsol Butano para la zona de Vilagarcía de Arousa, Caldas de Reis, entre otras localidades, en la que relataba que la denunciada estaba realizando una serie de llamadas telefónicas a los usuarios de gas envasado en las que ofrecía la realización de la revisión periódica de gas. La persona que la representa comunicaba a sus interlocutores telefónicos que la denunciante carecería de autorización administrativa para realizar la revisión de gas, que empleaba materiales no homologados, que no se hacía responsable de los accidentes relacionados con la instalación de gas, etc.



2. El 31 de octubre de 2012, la Subdirección Xeral de Investigación del Consello Galego da Competencia (en adelante la “SDXI”) elevó al Pleno del Consello Galego da Competencia (en adelante, el “Pleno”) propuesta de no incoar expediente sancionador, con archivo de las actuaciones practicadas, en los términos previstos por el art. 49.3 da LDC, por considerar, en esencia, que la conducta denunciada carece de contenido propio de la Ley de defensa da competencia.
3. Son interesados:
 - Calviño Fariña, Rafael, SLNE;
 - María del Carmen Porto Diéguez
4. En su reunión del 27 de noviembre de 2012, el Pleno deliberó y se pronunció sobre el presente asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La presente resolución se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1/2011, del 28 de febrero, reguladora del Consello Galego da Competencia, según la cual, el Consello Galego da Competencia es el órgano competente para la aplicación ejecutiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de defensa de la competencia, en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de dicha ley.
2. En aplicación de lo previsto en el apartado 3 del art. 49 de la LDC, el Pleno del Consello Galego da Competencia, a propuesta de la Subdirección Xeral de Investigación del citado CGC podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y ordenar el archivo de actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción. Corresponde a este Pleno, por lo tanto, en este caso, analizar la propuesta efectuada por la SDXI para determinar si procede aceptarla y, en consecuencia, archivar las actuaciones desarrolladas hasta

ahora, o, por el contrario, se procede rechazar su propuesta si se aprecian indicios racionales de infracción de las normas de competencia.

3. Aunque el denunciante no califica las conductas limitándose a su descripción, según se desprende de los hechos denunciados, la conducta imputada a la denunciada, supone una conducta unilateral que, por lo tanto, solo podría subsumirse en las conductas prohibidas por los artículos 2 y 3 de la LDC, que tipifican, respectivamente, el abuso de posición dominante (art. 2 LDC) y los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.
4. En lo que alcanza al abuso de la posición de dominio es preciso destacar que el tipo referido exige por una banda que la empresa denunciada se encuentra en posición de dominio y que desde dicha posición realice una conducta que pueda ser calificada como abusiva. Tal determinación exige de manera necesaria delimitar el mercado relevante en el que presuntamente se ejerce la posición de dominio.

En el presente caso, en el escrito de denuncia no se ofrece referencia alguna al poder de mercado de la denunciada, limitándose a describir los hechos que se le imputan y a indicar que las dos empresas desarrollan su actividad como competidoras directas en la distribución al por menor de gas envasado en un ámbito geográfico local.

A la vista del tamaño del mercado de referencia, del elevado número de operadores existentes en la provincia de Pontevedra, y de la ausencia de barreras de entrada significativas, es altamente improbable la existencia de posición de dominio por parte de la denunciada que, en todo caso, requeriría de una cota de mercado muy elevada que no se acredita en ningún momento por la denunciante.

5. Al mismo tiempo los hechos denunciados, las conversaciones telefónicas referidas por la denunciante, podrían constituir comportamientos desleales aparentemente inscribibles en las categorías de prácticas agresivas o

denigratorias (artículos 8 y 9 de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de competencia desleal, en adelante “LCD”); o bien de publicidad ilícita (art. 3 de la Ley 34/1988, del 11 de noviembre, general de publicidad, en adelante “LXP”).

En este punto es preciso recordar que el art. 3 LDC dispone que la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las comunidades autónomas, en este caso el Consello Galego da Competencia, “conocerán, en los términos que esta ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten o interés público.”

Por consiguiente, el presente ilícito *antitrust* exige que nos encontremos en presencia de conductas calificadas como desleales y que las mismas por falsear la libre competencia afecten al interés público.

6. Respecto de las conductas denunciadas, de tenerse adecuadamente probada su comisión, serían calificadas como posibles infracciones de los artículos 8 y 9 de la LCD o bien de un supuesto de publicidad ilícita en los términos del art. 3 de la LXP. No obstante, es preciso destacar que a los efectos del no art. 3 de la LDC, la existencia de una conducta calificada como desleal, sólo supone una violación de la normativa antitrust si, tal y como exige el precepto indicado por falsear la libre competencia afecta al interés público.

A este respecto, ya ha señalado la Comisión Nacional da Competencia, en uno de sus primeros pronunciamientos a propósito de este mismo precepto que «[...] el legislador afirma en el apartado I de la Exposición de Motivos de la vigente LDC, que esta ley tiene por objeto “proteger la competencia efectiva en los mercados, por cuanto esta lucha competitiva permite “garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado”, en beneficio del “bienestar del conjunto de la sociedad”. Por ello, cabe entender que sólo caen bajo el ámbito de alguna de las tres cláusulas generales de prohibición que establece la LDC las conductas que son aptas para causar daño (relevante ex art. 5 LDC) a ese

bien jurídico tutelado, pues como ya afirmó el legislador de la vieja Ley 110/1963 en esas tres prohibiciones de la LDC “late la idea común a todos los aspectos de la técnica del orden público: la definición en razón a la finalidad prohibida, dicho en otros términos, prohibición de un resultado económicamente dañoso para la Comunidad, y protección al interés de los consumidores, ratio última de la Ley”.

Por consiguiente, estando el Consello de acuerdo con la Dirección de Investigación en que de la denuncia no se desprende que existan indicios de una afectación significativa a la competencia ni, por lo tanto, al interés público relevante en sede del art. 3 LDC, tampoco procede ningún análisis de la conducta denunciada desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, que sería estéril a efectos de la prohibición contenida en el art. 3 LDC cualquiera que fuese el resultado de esa calificación jurídica.» (RCN del 11 de marzo de 2008, Expte. S/0041/08, TuBillete, FX Único).

La recta interpretación de lo expresado por la CNC, que recoge una amplia práctica anterior del Tribunal de Defensa da Competencia (TDC), confirmada por los tribunales, supone que los órganos administrativos de la competencia sólo se pueden ocupar de los ilícitos desleales desde la perspectiva antitrust cuando las prácticas presuntamente desleales sean “cualificadas” en relación con su incidencia en el interés público (económico), que es lo que el legislador les tiene atribuido.

Como señaló en su día con claridad el Tribunal Supremo “Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. [...]” [STS del 20 de junio de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, FX 10º. En el asunto conocido como “Plans Claros”. RJ\2006\3542).



El Pleno del Consello Galego da Competencia, a la vista de la jurisprudencia citada, coincide con la SDXI en que “las prácticas atribuidas a la entidad denunciada no falsearon sensiblemente la competencia, ni perjudicaron ilícitamente los intereses de los operadores económicos presentes en el mercado. Ni los de los competidores, tal como señalamos a lo largo del presente escrito, ni los dos consumidores, en cuanto tales, [...]”

7. Al no apreciar indicios de conducta prohibida por la LDC el Pleno no puede más que confirmar la propuesta de la Subdirección Xeral de Investigación de no incoar expediente sancionador y archivar las actuaciones, según dispone el art. 49.3 LDC.

En consecuencia,

RESUELVE

Único: No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Subdirección Xeral de Investigación del Consello Galego da Competencia como consecuencia de la denuncia presentada por D. Rafael Fariña Calviño, en su calidad de gerente de la empresa Calviño Fariña, Rafael, SLNE, contra la empresa “María del Carmen Porto Diéguez”, suministradora de gas envasado de Repsol Butano para la zona de Vilagarcía de Arousa, Caldas de Reis, entre otras localidades, por supuestas infracciones de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección Xeral de Investigación, y notifíquese a la denunciante, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, en el plazo de dos meses contados desde su notificación.