



## RESOLUCIÓN R 6/2012. Gas envasado de Pontevedra

### Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente  
D. Fernando Cachafeiro García, vogal

En Santiago de Compostela, 18 de decembro de 2012.

O Consello Galego da Competencia, coa composición arriba expresada e sendo relator D. Francisco Hernández Rodríguez, dictou a seguinte resolución no Expediente R 6/2012. Gas envasado de Pontevedra (Expediente 19/2012, da Subdirección Xeral de Investigación) que trae a súa causa na denuncia presentada o 23 de agosto do 2012 por D. Rafael Fariña Calviño, na súa calidade de xerente da empresa Calviño Fariña, Rafael, SLNE, contra a empresa “María del Carmen Porto Diéguez”, subministradora de gas envasado de Repsol Butano para a zona de Vilagarcía de Arousa, Caldas de Reis, entre outras localidades, por supostos infraccións da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

### ANTECEDENTES DE FEITO

1. Con data 23 de agosto do 2012, D. Rafael Fariña Calviño, na súa calidade de xerente da empresa Calviño Fariña, Rafael, SLNE., presentou denuncia no Rexistro do Consello Galego da Competencia contra a empresa “María del Carmen Porto Diéguez”, subministradora de gas envasado de Repsol Butano para a zona de Vilagarcía de Arousa, Caldas de Reis, entre outras localidades, na que relataba que a denunciada estaba a facer unha serie de chamadas telefónicas aos usuarios de gas envasado nas que ofrecía a realización da revisión periódica de gas. A persoa que a representa comunicaba aos seus interlocutores telefónicos que a denunciante carecería de autorización administrativa para realizar a revisión de gas, que empregaba materiais non homologados, que non se facía responsable dos accidentes relacionados coa instalación de gas, etc.
2. O 31 de outubro de 2012, a Subdirección Xeral de Investigación do Consello Galego da Competencia (en diante a “SDXI”) elevou ao Pleno do Consello Galego da Competencia (en diante, o “Pleno”) proposta de non incoar expediente sancionador, con arquivo das actuacións practicadas, nos termos previstos polo art. 49.3 da LDC, por considerar, en esencia, que a conduta denunciada carece do contido propio da Lei de defensa da competencia.



3. Son interesados:
  - Calviño Fariña, Rafael, SLNE;
  - María del Carmen Porto Diéguez
4. Na súa reunión do 27 de novembro de 2012, o Pleno deliberou e pronunciouse sobre o presente asunto.

### FUNDAMENTOS DE DEREITO

1. A presente resolución dítase ao abeiro do disposto no art. 3 da Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia, segundo o cal, o Consello Galego da Competencia é o órgano competente para a aplicación executiva no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, nos procedementos que teñan por obxecto as condutas previstas nos artigos 1, 2 e 3 da devandita lei.
2. En aplicación do previsto no apartado 3 do art. 49 da LDC, o Pleno do Consello Galego da Competencia, a proposta da Subdirección Xeral de Investigación do citado CGC poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 da LDC e ordenar o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción. Corresponde a este Pleno, polo tanto, neste caso, analizar a proposta efectuada pola SDXI para determinar se procede aceptala e, en consecuencia, archivar as actuacións desenvolvidas ata agora, ou, polo contrario, se procede rexeitar a súa proposta se se aprecian indicios racionais de infracción das normas de competencia.
3. Aínda que o denunciante non cualifica ás condutas limitándose a súa descrición, segundo se desprende dos feitos denunciados, a conduta imputada á denunciada, supón unha conducta unilateral que, polo tanto, so podería subsumirse nas condutas prohibidas polos artigos 2 e 3 da LDC, que tipifican, respectivamente, o abuso de posición dominante (art. 2 LDC) e os actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público.
4. No que atinxe ao abuso de posición de dominio é preciso destacar que o tipo referido esixe por unha banda que a empresa denunciada atópese en posición de dominio e que desde dita posición realice unha conduta que poda ser cualificada como abusiva. Tal determinación esixe de xeito necesario determinar o mercado relevante no que presuntamente exerce a posición de dominio.

No presente caso, no escrito de denuncia non se ofrece referencia algunha ao poder de mercado da denunciada, limitándose a describir os feitos que se lle imputan e a indicar que ámbalas dúas empresas desenvolven a súa actividade



como competidoras directas na distribución ao por miúdo de gas envasado nun ámbito xeográfico local.

A vista do tamaño do mercado de referencia, do elevado número de operadores existentes na provincia de Pontevedra, e da ausencia de barreiras de entrada significativas, é altamente improbable a existencia de posición de dominio por parte da denunciada que, en todo caso, requiriría dunha cota de mercado moi elevada que non se acredita en ningún momento pola denunciante.

5. Asemade os feitos denunciados, as conversas telefónicas referidas pola denunciante, poderían tratarse de comportamentos desleais aparentemente inscribibles nas categorías de prácticas agresivas ou denigratorias (artigos 8 e 9 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal, en diante “LCD”); ou ben de publicidade ilícita (art. 3 da Lei 34/1988, do 11 de novembro, xeral de publicidade, en diante “LXP”).

Neste punto é preciso lembrar que art. 3 LDC dispón que a Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas, neste caso o Consello Galego da Competencia, “coñecerán, nos termos que esta lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público.”

Por conseguinte, o presente ilícito *antitrust* esixe que nos atopemos en presenza de condutas cualificables como desleais e que as mesmas por falsear a libre competencia afecten o interese público.

6. Respecto das condutas denunciadas, de terse axeitadamente probada a súa comisión, serían cualificadas como posibles infraccións dos artigos 8 e 9 da LCD ou ben dun suposto de publicidade ilícita nos termos do art. 3 da LXP. Non obstante, é preciso destacar que aos efectos do previsto no art. 3 da LDC, a existencia dunha conduta cualificable como desleal, só supón unha violación da normativa antitrust se, tal e como esixe o indicado art. 3 LDC, por falsear a libre competencia afecta ao interese público.

A este respecto, xa ten sinalado a Comisión Nacional da Competencia, nun dos seus primeiros pronunciamentos a propósito deste mesmo precepto que «[...] O lexislador afirma no apartado I da Exposición de Motivos da vixente LDC, que esta lei ten por obxecto “protexer a competencia efectiva nos mercados, por canto esta loita competitiva permite “garantir o bo funcionamento dos procesos de mercado”, en beneficio do “benestar do conxunto da sociedade”. Por elo, cabe entender que só caen baixo o ámbito de algunha das tres cláusulas xerais de prohibición que establece a LDC as condutas que son aptas para causar dano (relevante ex art. 5 LDC) a ese ben xurídico tutelado, pois como xa afirmou o lexislador da vella Lei 110/1963 en esas tres prohibicións da LDC “latexa a idea común a todos os aspectos da técnica do orden público: a definición en razón á finalidade prohibida, dito en outros termos, prohibición dun resultado economicamente danoso para a Comunidade, e protección ao interese dos consumidores, ratio última da Lei”.



Por conseguinte, estando o Consello de acordo coa Dirección de Investigación en que da denuncia non se desprende que existan indicios dunha afectación significativa á competencia nin, polo tanto, ao interese público relevante en sede do art. 3 LDC, tampouco procede ningún análise da conduta denunciada desde a perspectiva do Dereito contra a competencia desleal, que sería estéril a efectos da prohibición contida no art. 3 LDC calquera que fose o resultado desa cualificación xurídica.» (RCN do 11 de marzo de 2008, Expte. S/0041/08, TuBillete, FX Único).

A recta interpretación do expresado pola CNC, que recolle unha ampla práctica anterior do Tribunal de Defensa da Competencia (TDC), confirmada polos tribunais, supón que os órganos administrativos da competencia só se poden ocupar dos ilícitos desleais desde a perspectiva antitrust cando as prácticas presuntamente desleais sexan “cualificadas” en relación coa súa incidencia no interese público (económico), que é o que o lexislador lles ten atribuído.

Como sinalou no seu día con claridade o Tribunal Supremo “É importante subliñar, pois, que a eventual actuación dos organismos administrativos encargados de preservar a libre competencia só resultará pertinente se as condutas desleais dos empresarios, ademais de selo, falsean de maneira sensible a competencia, isto é, distorsionan gravemente as condicións de competencia no mercado con prexuízo para o interese público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen ou non dunha posición de dominio no mercado. [...]” [STS do 20 de xuño de 2006, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, FX 10º. No asunto coñecido como “Plans Claros”. RJ\2006\3542).

O Pleno do Consello Galego da Competencia, a vista da xurisprudencia citada, coincide coa SDXI en que “as prácticas atribuídas á entidade denunciada non falsearon sensiblemente á competencia, nin prexudicaron ilicitamente os intereses dos operadores económicos presentes no mercado. Nin os dos competidores, tal como sinalamos ao longo do presente escrito, nin os dos consumidores, en canto tales, [...]”

7. Ao non apreciar indicios de conduta prohibida pola LDC o Pleno non pode máis que confirmar a proposta da Subdirección Xeral de Investigación de non incoar expediente sancionador e archivar as actuacións, segundo dispón o art. 49.3 LDC.



En consecuencia,

## RESOLVE

**Único:** Non incoar procedemento sancionador e archivar as actuacións seguidas pola Subdirección Xeral de Investigación do Consello Galego da Competencia como consecuencia da denuncia presentada por D. Rafael Fariña Calviño, na súa calidade de xerente da empresa Calviño Fariña, Rafael, SLNE, contra a empresa “María del Carmen Porto Diéguez”, subministradora de gas envasado de Repsol Butano para a zona de Vilagarcía de Arousa, Caldas de Reis, entre outras localidades, por supostos infraccións da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

Comuníquese esta Resolución á Subdirección Xeral de Investigación, e notifíquese ao denunciante, facéndolle saber que a mesma pon fin á vía administrativa e que pode interpor recurso contencioso-administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados desde a súa notificación.