

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO (Expte. RA-21/2009, DISTRIBUCIÓN DE GAS BUTANO EN OURENSE).

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vocal
D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, 12 de mayo de 2009.

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), con la composición indicada más arriba y siendo Ponente D. Alfonso Vez Pazos, vocal, dictó la siguiente Resolución en el Expediente RA-21/2009, Distribución De Gas Butano en Ourense, tras examinar la propuesta de archivo efectuada polo Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (SGDC), de fecha 8 de abril de 2009, en el expediente 2/2009, iniciado en virtud de la denuncia presentada contra las entidades mercantiles “Empresas Reunidas, S.A.” y “Burgas Distribución, S.A.”, distribuidoras de gas butano de Repsol, consistentes en el reparto del mercado geográfico en el Ayuntamiento de Ourense.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 11 de febrero de 2009 tuvo entrada en el SGDC una denuncia presentada por XXX contra las entidades mercantiles “Empresas Reunidas, S.A.” y “Burgas Distribución, S.A.”, ambas distribuidoras del gas butano de Repsol, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el reparto del mercado geográfico en el Ayuntamiento de Ourense. El/La denunciante solicitó que no se revelara ninguno de sus datos personales ni dirección ya que temía represalias por parte de las empresas denunciadas.

2.- Con fecha 26 de febrero de 2009 y dentro de la fase de información reservada prevista por el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante “LDC” o “Ley 15/2007, del 3 de julio”), el SGDC acordó solicitar de cada una de las empresas denunciadas determinada información sobre su identificación y actividades.

3.- Con fechas 13 de marzo y 18 de marzo de 2009 se recibieron en el SGDC las respuestas de “Empresas Reunidas, S.A.” y las de “Burgas Distribución, S.A.”, respectivamente.

4.- Al considerar insuficiente la información enviada por ambas empresas, con fecha 24 de marzo de 2009, el SGDC les solicitó copia de los respectivos contratos de agencia y prestación de servicios suscritos con “Repsol Butano, S.A.” e indicación expresa del ámbito geográfico de distribución de sus productos.

5.- Con fecha 6 de abril de 2009 las empresas enviaron copia de sus respectivos contratos con Repsol Butano, S.A. Los citados contratos tienen el mismo contenido y su objeto es básicamente el almacenamiento, transporte y reparto domiciliario del GLP (gases licuados del petróleo) envasado.

6.- Según señala el SGDC, los respectivos anexos de cada contrato permiten comprobar que no existe coincidencia en los “ámbitos geográficos de distribución dentro del ayuntamiento de Ourense”. Por lo tanto, resulta un hecho comprobado que existe un acuerdo de reparto del mercado de Ourense, en el relativo a la distribución domiciliaria del GLP (gases licuados del petróleo) envasado, entre las dos empresas que operan como agentes de “Repsol Butano, S.A.”

7.- Con fecha 8 de abril de 2009, el SGDC eleva al TGDC (fecha de entrada 28.11.2008), en base a lo dispuesto en el artículo 49.3 LDC, su propuesta de no incoar el procedimiento derivado de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC por los hechos denunciados por XXX contra las entidades mercantiles “Empresas Reunidas, S.A.” y “Burgas Distribución, S.A.”, ambas distribuidoras del gas butano de Repsol, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el reparto del mercado geográfico en el Ayuntamiento de Ourense, ya que:

“el presunto reparto del mercado entre ambas empresas distribuidoras de gas se deriva de las estipulaciones contenidas en los contratos de agencia suscritos con Repsol Butano, S.A.”

8.- El Pleno del Tribunal deliberó y se pronunció en este asunto en su reunión celebrada el 12 de mayo de 2009.

9.- Son interesados:

- XXX.
- Empresas Reunidas, S.A.
- Burgas Distribución, S.A.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La empresa Repsol Butano S.A. es responsable de las operaciones al por mayor y al por menor de la distribución de GLP envasado, ya que como se recoge en los contratos incorporados al expediente:

“realiza la operación al por mayor, comercialización al por menor y, por tanto, todas las actuaciones necesarias para el suministro del GLP envasado a sus clientes, en virtud de los contratos existentes con ellos, y de la propia normativa legal y reglamentaria de la aplicación”.

SEGUNDO.- Para la comercialización al por menor del GLP envasado en el Ayuntamiento de Ourense, “Repsol Butano, S.A.” tiene firmados contratos de agencia con las dos empresas denunciadas.

TERCERO.- En la estipulación tercera de los contratos de agencia firmados por “Repsol Butano, S.A.” y las dos empresas denunciadas se establece la fijación de territorios a los agentes, ya que:

“la agencia desarrollará las actividades que se le encomienden en el presente contrato en el territorio determinado en el Anexo I del mismo (...) Repsol Butano se obliga a no designar a otros agentes y a no realizar por sí misma las actividades de suministro domiciliario objeto de este contrato, encomendadas a la agencia en el territorio definido en el Anexo I”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente Resolución se dicta al amparo del dispuesto en la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al tratarse de un expediente no incoado con anterioridad a su entrada en vigor (1 de septiembre de 2007), de acuerdo con el dispuesto en el apartado primero de la Disposición transitoria primera de la citada Ley.

SEGUNDO.- La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia establece en su artículo 49.3 que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC, y el archivo de actuaciones, cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley. En virtud de la Disposición adicional octava de la misma Ley 15/2007, esta facultad está atribuida también a los órganos de resolución de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia; en este caso, al Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC).

TERCERO.- La cuestión que debe resolver el TGDC es si, a partir de la denuncia presentada, o de la información obtenida por el Servicio, acepta la propuesta de éste de no incoar procedimiento en este expediente y proceder al archivo de las actuaciones o, por el contrario, rechazar dicha propuesta, instando al SGDC a que prosiga su investigación y acuerde, en su caso, la incoación del oportuno expediente sancionador.

CUARTO.- La denuncia presentada en el SGDC alude a la posible vulneración de las normas de competencia como consecuencia del presunto reparto del mercado geográfico en el Ayuntamiento de Ourense entre dos empresas, agentes del mismo suministrador, en este caso de un bien sometido a regulación específica, como es el gas. Aunque no se indica de una manera explícita, parece claro que la potencial infracción está relacionada con el artículo 1 y, más concretamente, con su apartado 1.c), que prohíbe los acuerdos que consistan “en el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento”.

QUINTO.- Para la resolución del expediente hace falta responder tres cuestiones:

1. El reparto del mercado de Ourense, en lo relativo a la distribución domiciliaria del GLP (gases licuados del petróleo) envasado, entre las dos empresas denunciadas, ¿es el resultado de un acuerdo colusorio entre ellas?

2. Si existe reparto del mercado y éste no es el resultado de un acuerdo entre las empresas denunciadas, ¿cuál es su causa?

3. La práctica causante del reparto del mercado ¿vulnera la normativa de defensa de la competencia?

SEXTO.- **El reparto del mercado de Ourense ¿es el resultado de un acuerdo colusorio entre las empresas denunciadas?**

En el contenido del expediente no se encuentra ninguna evidencia que indique que las dos empresas denunciadas establecieron entre ellas un acuerdo para repartirse el mercado de la distribución de GLP envasado en Ourense.

SÉPTIMO.- **Se existe reparto del mercado y éste no es el resultado de un acuerdo entre las empresas denunciadas, ¿cuál es su causa?**

Como se recoge en la estipulación tercera del contrato de agencia firmado entre “Repsol Butano S.A.” y cada una de las empresas denunciadas, y tal y como señala el SGDC:

“el presunto reparto del mercado entre ambas empresas distribuidoras de gas se deriva de las estipulaciones contenidas en los contratos de agencia suscritos con Repsol Butano S.A.”

Consecuentemente, existe reparto del mercado, si bien éste no es resultado de la colusión de las dos empresas denunciadas, agentes que actúan en el mercado por cuenta del principal, sino de los contratos de agencia establecidos por Repsol Butano, S.A. con las empresas denunciadas, para la distribución del GLP.

La vinculación de agencia, de acuerdo con el artículo 9.2.c de la citada Ley, y como señala el SGDC:

“establece el deber de los agentes de desarrollar su actividad de acuerdo con las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia.”

Según lo anterior, los agentes no infringen la ley si cumplen las condiciones del contrato firmado, excepto que éste vulnere la normativa de defensa de la competencia.

OCTAVO.- La práctica causante del reparto del mercado ¿vulnera la normativa de defensa de la competencia?

En principio, el reparto del mercado entre empresas supone una infracción de la normativa de defensa de la competencia, si bien este principio tiene algunas excepciones. Dos son relevantes en este caso: las relativas al artículo 1.4 y al artículo 4 LDC.

Según el artículo 1.4 LDC

“La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.”

Por otra parte, el artículo 4 LDC, relativo las conductas exentas por ley, señala el siguiente:

“1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.”

NOVENO.- Artículo 1.4 LDC

La restricción a la competencia examinada deriva del establecimiento, por Repsol Butano, S.A., de un sistema de distribución exclusiva para la distribución del GLP envasado basado en contratos de agencia.

Las Directrices sobre restricciones verticales, que desarrollan el Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE la determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, establecen los criterios que se deben seguir en la aplicación de las normas de competencia a los denominados “acuerdos de agencia” (apartados 12-20).

Si un acuerdo de agencia es genuino, los deberes impuestos a los agentes relativos a los contratos negociados por cuenta del principal no se encuadran, en general, en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 1 LDC. Entre tales deberes se encuentran: las limitaciones sobre el territorio en el que el agente puede vender los bienes, las condiciones a las que el agente tiene que vender los bienes, las limitaciones del principal para designar otros agentes para transacciones semejantes, etc. Por el contrario, a los acuerdos de agencia “no genuinos” se aplica el citado apartado y artículo.

Consecuentemente, la cuestión a examinar es si el contrato de agencia firmado por Repsol Butano, S.A. con sus agentes denunciados: (i) es “genuino” o no, y (ii) siendo genuino, si tiene cláusulas que pueden situarse en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado.

DÉCIMO.- Dado que, tal como señalan diversas Sentencias [RJ 1994, 445; RJ 1995, 2774; RJ 1995, 8122; RJ 1997, 3871; RJ 2000, 6679; RJ 2001, 6207], los contratos son los que son y la calificación no depende de las denominaciones que le den los contratantes, hace falta examinar su contenido.

Un acuerdo de agencia será “genuino” cuando el agente no asume riesgo financiero y comercial alguno, o éste es insignificante, en relación con las actividades que desarrolla por cuenta del principal.

Para la Comisión, en los contratos de agencia genuinos, la propiedad de los bienes objeto del contrato no le es conferida al agente.

Según la estipulación Novena "PROPIEDAD", en su apartado 1 se recoge que:

"Los envases son propiedad de Repsol Butano, S.A. y por tanto corresponde a esta el mantenimiento, y reparación derivados de su uso normal"

El gas envasado es propiedad de Repsol Butano, S.A. hasta su transmisión, que se produce mediante su entrega a los clientes de esta Compañía

... una vez entregado el envase en el domicilio del cliente, la relación de responsabilidad se entabla entre éste y Repsol Butano, S.A."

Consecuentemente, como los agentes no incurren en ningún riesgo, ni asumen la propiedad de los bienes, el acuerdo de agencia de Repsol Butano, S.A. con los dos agentes denunciados es genuino.

DÉCIMO

PRIMERO.- Los contratos de agencia genuinos están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 1.1. LDC (81. 1 TCE) excepto cuando, aun asumiendo el principal todos los riesgos, el acuerdo pueda conducir a la exclusión del mercado de referencia o a facilitar la colusión. Este sería el caso si varios principales utilizan a los mismos agentes impidiendo a otras empresas servirse de los mismos o si esos principales utilizan a los agentes para intercambiar información sensible sobre el mercado.

En el caso examinado, no existen indicios de que "Repsol Butano, S.A." se sirva de sus agentes para excluir o para coludir.

DÉCIMO

SEGUNDO.- Artículo 4 LDC

Según se recoge en los contratos de agencia firmados por "Repsol Butano S.A." y las dos empresas denunciadas:

"con el objeto de garantizar el reparto domiciliario del GLP envasado, Repsol Butano S.A. cuenta con una red de agencias colaboradoras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.2 de la Ley 34/98 Reguladora del Sector de Hidrocarburos, que se vinculan a la actividad por medio de

un contrato de agencia y prestación de servicios, que las partes definen y celebran por medio del presente escrito”.

El artículo 47 de la Ley 12/2007, del 2 julio, de Hidrocarburos, que modifica la Ley 34/1998, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, señala que:

“Artículo 47. Comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo envasados.

1. La comercialización al por menor de gases licuados del petróleo envasados será realizada libremente.

Las instalaciones que se destinen al almacenamiento y comercialización de los envases de gases licuados del petróleo envasados, deberán cumplir las condiciones técnicas y de seguridad que reglamentariamente les sean exigibles.

2. Serán comercializadores al por menor de GLP envasado aquellas personas físicas o jurídicas que realicen la venta al por menor de envases de GLP a consumidores o usuarios finales.

3. Sólo podrán establecerse pactos de suministro en exclusiva de gases licuados del petróleo envasados entre los operadores y los comercializadores a los que se refiere el presente artículo, cuando se garantice a los usuarios que lo soliciten el suministro domiciliario de gases licuados del petróleo envasados.

4. Los comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo envasados podrán tener a disposición de sus clientes un servicio de asistencia técnica permanente de instalaciones de consumo de los usuarios”.

Para el SGDC, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, “Repsol Butano, S.A.”, comercializador autorizado de gas licuado envasado:

“puede contratar con diferentes agentes el reparto domiciliario de sus productos en ámbitos geográficos distintos, aun dentro del mismo ayuntamiento, siempre que se garantice a todos los usuarios que lo soliciten el suministro del gas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 47 y 49 de la Ley 34/1998, del 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.”

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Aceptar la propuesta del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia de no incoar expediente sancionador por las denuncias presentadas por XXx contra las entidades mercantiles “Empresas Reunidas, S.A.” y “Burgas Distribución, S.A.”, ambas distribuidoras del gas butano de Repsol S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el reparto del mercado geográfico en el Ayuntamiento de Ourense.

Comuníquese esta Resolución al SGDC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de esta Resolución.