

RESOLUCIÓN Expte. RA-36/2010: Distribución gas butano en Pontevedra.

Pleno

Sres.:

D. Francisco Hernández Rodríguez, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, 20 de enero de 2011.

El Pleno del Tribunal Galego de Defensa da Competencia, con la composición indicada mas arriba, y siendo ponente D. Alfonso Vez Pazos, vocal, dictó la siguiente Resolución en el Expediente RA-36/2010, "Distribución de gas butano en Pontevedra" (Expediente 09/2010, del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, en adelante SGDC), tras examinar la propuesta de no incoación de procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones efectuada por el SGDC, según escrito de 23 de septiembre de 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El día 8 de junio de 2010 tuvo entrada en el SGDC una denuncia de Dismaca, S.A. contra Repsol Butano, S.A. y Teyca-Ga, S.L. por presuntas prácticas contrarias a la competencia en la que Dismaca, S.A. acusaba a Repsol Butano, S.A. y Teyca-Ga, S.L. de abuso de posición de dominio y competencia desleal, conductas tipificadas por los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

2.- El SGDC acordó, en aplicación del artículo 49.2 LDC, realizar una información reservada con la finalidad de determinar con carácter preliminar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador, practicando, a tal objeto, las diligencias probatorias y el estudio de todo lo que obra en las actuaciones. Dentro de ese procedimiento de información reservada, el SGDC solicitó a Repsol Butano S.A. diversa documentación.

3.- Una vez evaluada la información contenida en el expediente, el SGDC envió al Tribunal, con fecha 23 de septiembre de 2010, su propuesta de no incoación de expediente sancionador, con archivo de las actuaciones, al considerar que, frente a lo argumentado en la denuncia, las empresas denunciadas estaban actuando en el ejercicio de su libertad empresarial, avaladas por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 2010, y no se apreciaban, por tanto, indicios de infracción LDC.

4.- El Pleno deliberó y dictó resolución en el presente caso en la reunión celebrada el 16 de noviembre de 2010.

5.- Son interesados:

- Dismaca, S.A.
- Repsol Butano, S.A.
- Teyca-Ga, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal considera que el presente asunto debe examinarse de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, por haberse iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, tal y como prevé su Disposición Transitoria primera que señala que sólo los procedimientos

sancionadores incoados antes de la entrada en vigor de esa Ley, que se produjo el pasado 1 de septiembre de 2007, se tramitarán y resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en su inicio.

SEGUNDO.- Conforme al régimen establecido en la Ley de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia (Ley 1/2002, de 21 de febrero) y su Ley de creación (Ley 6/2004, de 12 de julio), al Tribunal Galego de Defensa da Competencia le corresponde resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC.

El apartado 3 del artículo 49 LDC establece que el Tribunal, a propuesta del SGDC, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC y ordenar el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción. En este caso le corresponde al Tribunal Galego de Defensa da Competencia, por lo tanto, analizar la propuesta realizada por el SGDC para ver si procede aceptarla y, en consecuencia, archivar las actuaciones desarrolladas hasta ahora o, por el contrario, si procede rechazar esa propuesta por apreciarse indicios de infracción de las normas de competencia, instando en ese supuesto al SGDC a que prosiga su investigación y acuerde, en su caso, la incoación del oportuno expediente sancionador.

TERCERO.- El presente asunto trae causa de la denuncia presentada el 8 de junio de 2010 ante el SGDC por Dismaca, S.A. contra Repsol Butano, S.A. y Teyca-Ga, S.L. por presuntas prácticas contrarias a las normas de competencia de acuerdo con los hechos que se presentan a continuación.

En primer lugar, la referida denuncia manifiesta que Repsol Butano, S.A. firmó un contrato de agencia distribuidora de gas butano en Pontevedra con la empresa Teyca-Ga, S.L. desde el 1 de noviembre de 2009, sin que esta última

cumpliese con los requisitos exigidos por la normativa vigente y en detrimento de la denunciante que anteriormente prestaba los servicios de agencia distribuidora de Repsol Butano, S.A. y sí cumple todos los requisitos legales.

Posteriormente, en enero de 2010, Teyca-Ga, S.L. creó una filial denominada Teyca Butano, S.L., con la intención, según la denunciante, de ir consiguiendo los permisos y autorizaciones pertinentes para el reparto de butano, sin que en la fecha de la denuncia hubiera concluido aún ese proceso.

De acuerdo con la denunciante, Repsol Butano, S.A. está ejerciendo un abuso de posición de dominio e incurre en competencia desleal al contratar con una empresa que carece de autorización legal, fiscal, capacitación técnica ni medios de transporte para realizar la labor de distribución de gas butano, considerado como mercancía peligrosa.

En segundo lugar, Dismaca, S.A. informa que en los meses de noviembre y diciembre de 2009 y enero de 2010 se produjo un desabastecimiento en el servicio de reparto de gas butano, lo que provocó denuncias de los usuarios.

En tercer lugar, la denunciante afirma que Repsol Butano, S.A. firmó un contrato de franquicia de servicio oficial con Teyca-Ga S.L. para realizar revisiones de las instalaciones y comunicó a sus clientes que Dismaca, S.A. no ofrece garantías para realizar esas revisiones (sin concretar específicamente a qué tipo de instalaciones se refiere) y que ellos son los únicos autorizados.

En cuarto y último lugar, Dismaca S.A. denuncia a Repsol Gas, filial de Repsol Butano dedicada al mantenimiento de instalaciones receptoras de gas canalizado, por exigir a los usuarios que la revisión de dichas instalaciones se realice con Teyca-Ga, S.L., informando que tal revisión no puede realizarse con otra empresa autorizada.

CUARTO.- Ante el contenido de la denuncia, el Tribunal quiere manifestar, con carácter preliminar, que en ella se exponen diversas cuestiones relativas al cumplimiento de la legalidad para la prestación de los servicios de distribución de gas butano que exceden las competencias de este Tribunal y que deben ser, en todo caso, planteadas ante los órganos administrativos y jurisdiccionales que correspondan, de manera que el análisis de la denuncia de Dismaca, S.A. sólo puede ser realizada por este Tribunal desde la perspectiva de la aplicación de la Ley de defensa de la competencia, tal como se señaló en el Fundamento Primero anterior.

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.2 LDC, el SGDC practicó un procedimiento de información reservada con la finalidad de evaluar correctamente el contenido de la denuncia presentada y decidir sobre la conveniencia de abrir un expediente sancionador.

Dentro de ese procedimiento de información reservada, el SGDC solicitó a Repsol Butano, S.A. la siguiente información:

1º. Indiquen si Repsol Butano, S.A. tiene firmados contratos de exclusividad para el reparto de gas butano y para la revisión y mantenimiento de instalaciones receptoras de gas canalizado, en la provincia de Pontevedra.

2º. En caso afirmativo, si tales prácticas se realizan igualmente en todo el territorio nacional.

El SGDC resume de la siguiente forma la contestación recibida de Repsol Butano, S.A.:

“En su escrito del 28 de junio, con fecha de entrada en esta Consellería de 30 de junio, Repsol informa lo siguiente:

Repsol promovió en toda España un proceso de reorganización de su red de distribución del gas licuado del petróleo (GLP), a consecuencia del declive de este mercado por la reducción constante del número de clientes. En este proceso intentó favorecer la unión de las agencias, la integración de unas en otras y, en general, la colaboración entre ellas. No obstante, en Pontevedra no fue posible que las agencias afectadas llegaran a una fórmula de colaboración. La extinción de la relación contractual es consecuencia de la libertad empresarial de Repsol, que no tiene la obligación de contratar con cualquiera que cumpla ciertos requisitos sin más.

Repsol reconoce la existencia de problemas de suministro, consecuencia del citado proceso de reorganización que coincidió con picos de demanda estacional. A este respecto, es necesario decir que la denunciante habla de problemas de distribución durante un período concreto, noviembre y diciembre de 2009 y enero de 2010, omitiendo toda referencia a que existieran problemas con posterioridad.

A continuación, Repsol describe el tipo de contrato de agencia que utiliza, justificando la existencia de la cláusula de exclusividad. Sobre esta cuestión, Repsol remitió un nuevo escrito, con fecha de entrada de 26 de julio, con el que aportaba copia de una sentencia dictada en casación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que se reconoce que la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, autoriza de modo expreso y general los pactos de suministro en exclusiva concertados “entre los proveedores y sus agentes a comisión integrados en sus redes de distribución con la carga de realizar en ese caso el reparto domiciliario del suministro”.

Continuando con las alegaciones contenidas en su primer escrito, Repsol indica que las razones para mantener este tipo de contratos se relacionan con la necesidad de controlar el circuito de distribución comercial del envase, así como la garantía del suministro domiciliario y la seguridad industrial.

Finalmente, respecto a las inspecciones de las instalaciones receptoras de gas canalizado, la responsabilidad recae exclusivamente en el distribuidor, en este caso Repsol, y dicha obligación puede ser cumplida por personal propio o contratado. En este caso, las empresas colaboradoras constituyen los Servicios Repsol Gas (SRG).

Cando se trata de la revisión de otras instalaciones de GLP (envasado o a granel), la responsabilidad recae en el cliente. Repsol niega haberse dirigido a ningún cliente para advertirle de las escasas garantías de Dismaca para realizar esas revisiones.”

SEXTO.- La primera cuestión a la que cabe referirse, en relación con los distintos planteamientos efectuados en la denuncia de Dismaca, S.A., es la rescisión de la relación contractual entre Repsol Butano, S.A. y Dismaca, S.A..

A este respecto, el Tribunal considera que Repsol actúa en el ejercicio de su libertad empresarial pues, como acertadamente indica el SGDC, no tiene obligación de contratar con cualquiera por el simple hecho de que cumpla ciertos requisitos.

Cualquier eventual controversia surgida por el fin de la relación contractual entre la empresa que anteriormente asumía la condición de agente (Dismaca, S.A.) y la titular del servicio (Repsol Butano, S.A.), que no afecte directamente al debido cumplimiento de las normas de competencia, es una cuestión privada sobre la que este órgano de competencia no puede ni debe pronunciarse.

SÉPTIMO.- La segunda cuestión que cabe plantearse, y que entra dentro plenamente del análisis de los hechos denunciados desde la perspectiva de la concurrencia, es la consideración de si es legal o no el sistema de distribución exclusiva utilizado por Repsol Butano, S.A., en este caso mediante la firma de

un contrato de agencia con la empresa Teyca-Ga, S.L., pues tal acuerdo podría hipotéticamente constituir una violación del artículo 1 LDC por tratarse de un pacto de distribución vertical aparentemente no amparado por la normativa vigente.

Sin embargo, esta cuestión quedó perfectamente aclarada en virtud de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 26 de julio de 2010 que autorizó de modo expreso y general los pactos de suministro en exclusiva concertados, tal como antes se señaló, *“entre los proveedores y sus agentes a comisión integrados en sus redes de distribución con la carga de realizar en ese caso el reparto domiciliario del suministro”*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.3 de la Ley 34/1994, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y en lo referente a la comercialización al por menor de gases licuados de petróleo envasados.

Tampoco cabe entender que la firma de un contrato de agencia con cláusula de exclusividad entre Repsol Butano, S.A. y Teyca-Ga, S.L. suponga un abuso de posición dominante por parte de Repsol, como afirma la denunciante, pues, por una parte, Repsol tiene libertad de contratación, según se indicó en el Fundamento anterior, el pacto de distribución está autorizado de modo directo por el Tribunal Supremo de acuerdo con la Sentencia citada, y no existe el menor indicio de que Repsol Butano, S.A. desde una supuesta posición de dominio en la distribución de GLP envasado incurra en alguna de las prohibiciones del artículo 2 LDC.

Por último, el Tribunal considera que tampoco se dan las circunstancias para que pueda aplicarse a este caso lo dispuesto en el artículo 3 LDC, referente a conductas desleales con efectos sobre la competencia efectiva en el mercado y, por tanto, sobre el interés público. Sin necesidad de pronunciarse sobre la existencia o no de una conducta desleal basada en la contratación de una empresa que, de acuerdo con la denuncia, no cumple con los requisitos legales

exigibles para desarrollar su actividad, el Tribunal estima que esa hipotética deslealtad tendría efectos primordialmente en el ámbito privado, sin que haya una afectación del interés público derivada de una alteración de la competencia en el mercado en grado suficiente como para que se pueda aplicar el referido artículo 3 LDC.

OCTAVO.- En relación con los problemas de suministro denunciados y reconocidos por la denunciada, este órgano carece de competencia tanto sancionadora, en su caso, como para tramitar las eventuales reclamaciones que por parte de los usuarios pudiesen haberse presentado.

Con independencia de las razones que dieron lugar a los problemas de suministro y al margen de la posible existencia de una conducta negligente por parte del distribuidor o de su agente, este Tribunal entiende que la conducta denunciada no puede ser tipificada como un abuso de posición de dominio, entendiéndose por abuso “un concepto objetivo relativo al comportamiento de una empresa en posición dominante que puede afectar a la estructura de mercado en el que, como consecuencia de la misma presencia de la empresa en cuestión se debilita el grado de competencia y, en el que, mediante métodos distintos de la competencia normal, tiene el efecto de impedir o dificultar el mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado o el incremento de esa competencia”.

El referido artículo 47.3 de la citada Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos establece como condición que sólo podrán establecerse pactos de suministro en exclusiva de gases licuados de petróleo envasados entre los operadores y los comercializadores cuando se garantice a los usuarios que lo soliciten el suministro domiciliario de gases licuados de petróleo envasados. Desde este punto de vista, el incumplimiento de la condición, el suministro a los usuarios de GLP envasado, podría ser causa, cuando menos hipotéticamente, que justificase la ilicitud del pacto de distribución exclusivo. Sin embargo, el Tribunal

aprecia que las dificultades en el abastecimiento del servicio tuvieron una dimensión puramente circunscrita a los primeros meses de la entrada en funcionamiento del nuevo distribuidor, de manera que no puede realmente considerarse como un incumplimiento de la condición impuesta por el referido artículo 47.3.

NOVENO.- Restaría finalmente analizar la cuestión planteada en la denuncia referente a la revisión de las instalaciones relacionadas con el suministro de GLP.

A este respecto, el artículo 44 bis de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos distingue entre la comercialización al por mayor; la comercialización al por menor; y la instalación, mantenimiento y revisión de las instalaciones relacionadas con el suministro de GLP.

Por su parte, tal como señala Repsol Butano, S.A. en su respuesta a la petición de información efectuada por el SGDC, debe distinguirse entre las inspecciones y revisiones de las instalaciones receptoras de gas canalizado, en las que la responsabilidad de revisión recae exclusivamente en el distribuidor, en el presente asunto, la propia compañía Repsol Butano, S.A.; y las instalaciones de GLP envasado o a granel, en las que la responsabilidad de la revisión de las instalaciones recae sobre el usuario de las mismas, de manera que éste puede contratar con cualquier compañía, legalmente autorizada, para la realización de esos servicios.

La denunciante informa que Repsol Butano, S.A. comunicó a los clientes que Dismaca no ofrece garantías para revisar las instalaciones y que ellos son los únicos autorizados. Al mismo tiempo afirma que Repsol Gas, perteneciente a Repsol Butano, S.A. y dedicada al mantenimiento de instalaciones receptoras de gas canalizado, exige a los usuarios que realicen dichas revisiones con Teyca-Ga, S.L..

Esos hechos denunciados pueden ser examinados desde la perspectiva de la competencia tanto en sede del artículo 2 LDC, referente al abuso de la posición de dominio, como en sede del artículo 3 LDC, referente a conductas desleales.

Comenzando por este último, el artículo 3 de la Ley de defensa de la competencia establece que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. La aplicación de este artículo requiere, en primer lugar, la existencia de un acto de competencia desleal prohibido por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y, en segundo lugar, que este acto sea de una dimensión tal que pueda falsear la libre competencia y afectar al interés público.

La conducta denunciada, respecto de la revisión de instalaciones de GLP envasado o a granel que la normativa sobre hidrocarburos no reserva exclusivamente al distribuidor, podría constituir un ilícito concurrencial prohibido por la Ley de competencia desleal. Sin embargo, de acuerdo con la documentación manejada por el SGDC e incluida en el expediente, no resulta acreditado que Repsol Butano se hubiese dirigido a ningún cliente para advertirle de las escasas garantías que ofrecía Dismaca para realizar las revisiones de ese tipo de instalaciones.

En lo referente a la revisión de las instalaciones receptoras de gas canalizado, está claro que de acuerdo con la información contenida en el expediente Repsol Butano actuó dentro de la legalidad.

Además, este Tribunal considera que la supuesta conducta desleal realizada por Repsol Butano, aún en el caso de resultar debidamente acreditada, no podría ser sancionada por el Tribunal Galego de Defensa da Competencia ya que no se puede considerar que afecte al interés público y, por tanto, no podría

aplicarse lo dispuesto en el referido artículo 3 LDC. La Comisión Nacional de Competencia sostuvo en numerosos casos que “El artículo 7 LDC (actual artículo 3) no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de competencia desleal. La Ley de defensa de la competencia es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, para que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado” (Resolución Resopal de 31 de marzo de 1997, Expt. R 189/96).

Respecto a la posible aplicación del artículo 2 LDC, Repsol Butano, S.A. podría estar incurriendo en un abuso de posición de dominio si acaso efectuase actos dirigidos a la exclusión de competidores de Teyca-Ga, S.L. en el mercado de revisión de las instalaciones no reservadas a la distribuidora, es decir, el referente a GLP envasado o a granel, utilizando para eso la posición privilegiada que le otorgaría el hecho de ser la empresa dominante en el mercado de distribución bien de GLP envasado, bien de GLP a granel, siendo necesario, en esa perspectiva, distinguir entre dos mercados conexos, por una parte, el de distribución de GLP envasado o a granel, y, por otra, el de revisión de las instalaciones necesarias para esos suministros y, a continuación, probar que, efectivamente, Repsol Butano S.A. ocupa una posición de dominio en cada uno de esos últimos mercados.

Sin embargo, la carencia de una base factual mínimamente probatoria en el expediente analizado respecto a que en efecto Repsol Butano o Repsol Gas incurrieran en actos de exclusión de los competidores de Teyca-Ga, impide llegar a conclusión alguna al respecto, sin necesidad de examinar en detalle cada uno de los aspectos señalados en el párrafo anterior, por lo que cabe concluir que tampoco por esta causa existen indicios de incumplimiento de lo dispuesto en la LDC por parte de Repsol Butano y Repsol Gas.

En conclusión, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal,

RESUELVE

ÚNICO.- Confirmar la propuesta del SGDC de no incoar expediente sancionador y proceder al archivo de las actuaciones referentes a la denuncia de Dismaca, S.A. contra Repsol Butano, S.A. y Teyca-Ga, S.L. por considerar que no existen indicios de prácticas contrarias a la competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servizo Galego de Defensa da Competencia, y notifíquese a los interesados, haciendo constar que contra ella 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 contados desde su notificación.