

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

Pleno

Sres.:

D. Francisco Hernández Fernández, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 20 de xaneiro de 2011.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. Alfonso Vez Pazos, vogal, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-36/2010, “Distribución de gas butano en Pontevedra” (Expediente 09/2010, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en diante SGDC), tras examinar a proposta de non incoación de procedemento sancionador e arquivo das actuacións efectuada polo SGDC, segundo escrito de 23 de setembro de 2010.

ANTECEDENTES DE FEITO

1.- O día 8 de xuño de 2010 tivo entrada no SGDC unha denuncia de Dismaca, S.A. contra Repsol Butano, S.A. e Teyca-Ga, S.L. por presuntas prácticas contrarias á competencia na que Dismaca, S.A. acusaba a Repsol Butano, S.A. e Teyca-Ga, S.L. de abuso de posición de dominio e competencia desleal, condutas tipificadas polos artigos 2 e 3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

2.- O SGDC acordou, en aplicación do artigo 49.2 da LDC, realizar unha información reservada coa finalidade de determinar con carácter preliminar se concurrían as circunstancias que xustificasen a incoación dun expediente sancionador, practicando, a tal obxecto, as dilixencias probatorias e o estudo de todo o que obra nas actuacións. Dentro dese procedemento de información reservada, o SGDC solicitou a Repsol Butano S.A. diversa documentación.

3.- Unha vez avaliada a información contida no expediente, o SGDC enviou ao Tribunal, con data 23 de setembro de 2010, a súa proposta de non incoación de expediente sancionador, con arquivo de actuacións, ao considerar que, fronte o argumentado na denuncia, as empresas denunciadas estaban a actuar no exercicio da súa liberdade empresarial, avaladas pola Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, de 26 de xullo de 2010, e non se aprecian, polo tanto, indicios de infracción da LDC.

4.- O Pleno deliberou e pronunciouse sobre o presente caso na reunión celebrada o 16 de novembro de 2010.

5.- Son interesados:

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

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- Este Tribunal considera que o presente asunto debe examinarse de acordo coa Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, por terse iniciado con posterioridade a súa entrada en vigor, tal e como prevé a súa Disposición Transitoria primeira que sinala que só os procedementos sancionadores incoados antes da entrada en vigor desa Lei, que se produciu o

pasado 1 de setembro de 2007, se tramitarán e resolverán de acordo coas disposicións vixentes no seu inicio.

SEGUNDO.- Conforme ao réxime establecido na Lei de coordinación das competencias do Estado e das comunidades autónomas en materia de defensa da competencia (Lei 1/2002, do 21 de febreiro) e a súa Lei de creación (Lei 6/2004, do 12 de xullo), ao Tribunal Galego de Defensa da Competencia correspóndelle resolver os procedementos sancionadores que teñan por obxecto as condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 da LDC.

O apartado 3 do artigo 49 da LDC establece que o Tribunal, a proposta da Servizo, 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. Neste caso correspóndelle ao Tribunal Galego de Defensa da Competencia, por tanto, analizar a proposta realizada polo SGDC para ver se procede aceptala e, en consecuencia, archivar as actuacións desenvolvidas ata agora ou, polo contrario, se procede rexeitar esa proposta por se apreciar indicios de infracción das normas de competencia, instando nese suposto ao SGDC a que prosiga a súa investigación e acorde, no seu caso, a incoación do oportuno expediente sancionador.

TERCEIRO.- O presente asunto trae causa da denuncia presentada o 8 de xuño de 2010 ante o SGDC por Dismaca, S.A. contra Repsol Butano, S.A. e Teyca-Ga, S.L. por presuntas prácticas contrarias ás normas de competencia de acordo cos feitos que figuran a continuación.

En primeiro lugar, a referida denuncia manifesta que Repsol Butano, S.A. asinou un contrato de axencia distribuidora de gas butano en Pontevedra coa empresa Teyca-Ga, S.L. desde o 1 de novembro de 2009, sen que esta última cumprira cos requisitos esixidos pola normativa vixente e en detrimento da

denunciante que anteriormente prestaba os servizos de axencia distribuidora de Repsol Butano, S.A. e si cumpre todos os requisitos legais.

Posteriormente, en xaneiro de 2010, Teyca-Ga, S.L. creou unha filial denominada Teyca Butano, S.L., coa intención, segundo a denunciante, de ir conseguindo os permisos e autorizacións pertinentes para o reparto de butano, sen que na data da denuncia concluíra aínda ese proceso.

De acordo coa denunciante, Repsol Butano, S.A. está exercendo un abuso de posición de dominio e incorre en competencia desleal ao contratar cunha empresa que carece de autorización legal, fiscal, capacitación técnica nin medios de transporte para realizar o labor de distribución de gas butano, considerado como mercancía perigosa.

En segundo lugar, Dismaca, S.A. informa que nos meses de novembro e decembro de 2009 e xaneiro de 2010 produciuse un desabastecemento no servizo de reparto de gas butano, o que provocou denuncias dos usuarios.

En terceiro lugar, a denunciante afirma que Repsol Butano, S.A. asinou un contrato de franquía de Servizo Oficial con Teyca-Ga S.L. para realizar revisións das instalacións e comunicou aos seus clientes que Dismaca, S.A non ofrece garantías para realizar esas revisións (sen concretar especificamente a qué tipo de instalacións se refire) e que eles son os únicos autorizados.

En cuarto e último lugar, Dismaca S.A. denuncia a Repsol Gas, filial de Repsol Butano dedicada ao mantemento de instalacións receptoras de gas canalizado, por esixir aos usuarios que a revisión de ditas instalacións se realice con Teyca-Ga, S.L., informando que tal revisión non pode realizarse con outra empresa autorizada.

CUARTO.- Ante o contido da denuncia, o Tribunal quere manifestar, con carácter preliminar, que nela se expoñen diversas cuestións relativas ao cumprimento da legalidade para a prestación dos servizos de distribución de gas butano que exceden as competencias deste Tribunal e que deben ser, en todo caso, planteadas ante os órganos administrativos e xurisdicionais que correspondan, de maneira que a análise da denuncia de Dismaca, S.A. só pode ser realizada por este Tribunal desde a perspectiva da aplicación da Lei de defensa da competencia, tal como se sinalou no Fundamento Primeiro anterior.

QUINTO.- En aplicación do disposto no artigo 49.2 da LDC, o SGDC practicou un procedemento de información reservada coa finalidade de avaliar correctamente o contido da denuncia presentada e decidir sobre a conveniencia de abrir un expediente sancionador.

Dentro dese procedemento de información reservada, o SGDC solicitou a Repsol Butano, S.A. a seguinte información:

1º. Indiquen se Repsol butano, S.A. ten asinados contratos de exclusividade para o reparto de gas butano e para a revisión e mantemento de instalacións receptoras de gas canalizado, na provincia de Pontevedra.

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

O SGDC resume do seguinte xeito a contestación recibida de Repsol Butano, S.A.:

“No seu escrito do 28 de xuño, con data de entrada nesta Consellería do 30 de xuño, Repsol informa o seguinte:

Repsol promoveu en toda España un proceso de reorganización da súa rede de distribución do gas licuado do petróleo (GLP), a consecuencia do declive deste mercado pola redución constante do número de clientes. Neste proceso intentou favorecer a unión das axencias, a integración dunhas noutras e, en xeral, a colaboración entre elas. Non obstante, en Pontevedra non foi posible que as axencias afectadas chegaran a unha fórmula de colaboración. A extinción da relación contractual é consecuencia da liberdade empresarial de Repsol, que non ten a obriga de contratar con calquera que cumpra certos requisitos sen máis.

Repsol recoñece a existencia de problemas de subministro, consecuencia do citado proceso de reorganización que coincidiu con picos de demanda estacional. A este respecto, cómpre dicir que a denunciante fala de problemas de distribución durante un período concreto, novembro e decembro de 2009 e xaneiro de 2010, omitindo toda referencia a que existiran problemas con posterioridade.

A continuación, Repsol describe o tipo de contrato de axencia que utiliza, xustificando a existencia da cláusula de exclusividade. Sobre esta cuestión, Repsol remitiu un novo escrito, con data de entrada do 26 de xullo, co que achegaba copia dunha sentenza ditada en casación pola Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo, na que se recoñece que a Lei 34/1988, do 7 de outubro, do sector de hidrocarburos, autoriza de modo expreso e xeral os pactos de subministro en exclusiva concertados “entre os provedores e os seus axentes a comisión integrados nas súas redes de distribución coa carga de realizar nese caso o reparto domiciliario do subministro”.

Continuando coas alegacións contidas no seu primeiro escrito, Repsol indica que as razóns para manter este tipo de contratos relaciónanse coa necesidade de controlar o circuíto de distribución comercial do envase, así como a garantía do subministro domiciliario e a seguridade industrial.

Finalmente, respecto ás inspeccións das instalacións receptoras de gas canalizado, a responsabilidade recae exclusivamente no distribuidor, neste caso Repsol, e dita obriga pode ser cumprida por persoal propio ou contratado. Neste caso, as empresas colaboradoras constitúen os Servizos Repsol Gas (SRG).

Cando se trata da revisión doutras instalacións de GLP (envasado ou granel), a responsabilidade recae no cliente. Repsol nega terse dirixido a ningún cliente para advertirlle das escasas garantías de Dismaca para realizar esas revisións.”

SEXTO.- A primeira cuestión á que cabe referirse, en relación cos distintos planteamentos efectuados na denuncia de Dismaca, S.A., é a rescisión da relación contractual entre Repsol Butano, S.A. e Dismaca, S.A..

A este respecto o Tribunal considera que Repsol actúa no exercicio da súa liberdade empresarial pois, como acertadamente indica o SGDC, non ten obriga de contratar con calquera polo simple feito de que cumpra certos requisitos.

Calquera eventual controversia xurdida polo fin da relación contractual entre a empresa que anteriormente asumía a condición de axente (Dismaca, S.A.) e a titular do servizo (Repsol Butano, S.A.), que non afecte directamente ao debido cumprimento das normas de competencia, é unha cuestión privada sobre a que este órgano de competencia non se pode nin debe pronunciar.

SÉTIMO.- A segunda cuestión que cabe plantearse, e que entra dentro plenamente da análise dos feitos denunciados desde a perspectiva da concorrência, é a consideración de se é legal ou non o sistema de distribución exclusiva utilizado por Repsol Butano, S.A., neste caso mediante a sinatura

dun contrato de axencia coa empresa Teyca-Ga, S.L., pois tal acordo podería hipoteticamente constituír unha violación do artigo 1 da LDC por tratarse dun pacto de distribución vertical aparentemente non amparado pola normativa vixente.

Sen embargo, esta cuestión quedou perfectamente aclarada en virtude da Sentenza ditada pola Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de data 26 de xullo de 2010 que autorizou de modo expreso e xeral os pactos de subministro en exclusiva concertados, tal como antes se sinalou, “*entre os provedores e os seus axentes a comisión integrados nas súas redes de distribución coa carga de realizar nese caso o reparto domiciliario do subministro*”, de acordo co disposto no artigo 47.3 da Lei 34/1994, de 7 de outubro, do sector de hidrocarburos e no referente á comercialización retalista de gases licuados do petróleo envasados.

Tampouco cabe entender que a sinatura dun contrato de axencia con cláusula de exclusividade entre Repsol Butano, S.A. e Teyca-Ga, S.L. supoña un abuso de posición dominante por parte de Repsol, como afirma a denunciante, pois, por unha parte, Repsol ten liberdade de contratación, segundo se indicou no Fundamento anterior, o pacto de distribución está autorizado de modo directo polo Tribunal Supremo de acordo coa Sentenza citada, e non existe o menor indicio de que Repsol Butano, S.A. desde unha suposta posición de dominio na distribución de GLP envasado incorra nalguna das prohibicións do artigo 2 da LDC.

Por último, o Tribunal considera que tampouco se dan as circunstancias para que poda aplicarse a este caso o disposto no artigo 3 da LDC, referente a condutas desleais con efectos sobre a competencia efectiva no mercado e, por tanto, sobre o interese público. Sen necesidade de pronunciarse sobre a existencia ou non dunha conduta desleal baseada na contratación dunha empresa que, de acordo coa denuncia, non cumpre cos requisitos legais

esixibles para desenvolver a súa actividade, o Tribunal estima que esa hipotética deslealdade tería efectos primordialmente no ámbito privado, sen que haxa unha afectación do interese público derivada dunha alteración da competencia no mercado en grao suficiente como para que se poida aplicar o referido artigo 3 da LDC.

OITAVO.- En relación cos problemas de subministro denunciados e recoñecidos pola denunciada, este órgano carece de competencia tanto sancionadora, no seu caso, como para tramitar as eventuais reclamacións que por parte dos usuarios poderían terse presentado.

Con independencia das razóns que deron lugar aos problemas de subministro e á marxe da posible existencia dunha conducta negligente por parte do distribuidor ou do seu axente, este Tribunal entende que a conduta denunciada non pode ser tipificada como un abuso de posición de dominio, entendendo por abuso “un concepto obxectivo relativo ao comportamento dunha empresa en posición dominante que pode afectar á estrutura de mercado no cal, como consecuencia da mesma presenza da empresa en cuestión debilitase o grado de competencia e, no cal, mediante métodos distintos da competencia normal, ten o efecto de impedir ou dificultar o mantemento do nivel de competencia existente no mercado ou o incremento de esa competencia”.

O referido artigo 47.3 da citada Lei 34/1998, do sector de hidrocarburos establece como condición que só poderán establecerse pactos de subministración en exclusiva de gases licuados do petróleo envasados entre os operadores e os comercializadores cando se garanta aos usuarios que o soliciten o subministro domiciliario de gases licuados do petróleo envasados. Desde este punto de vista, o incumprimento da condición, o subministro aos usuarios do GLP envasado, podería ser causa, cando menos hipotéticamente, que xustificase a ilicitude do pacto de distribución exclusiva. Sen embargo, o Tribunal aprecia que as dificultades no abastecemento do servizo tiveron unha

dimensión puramente circunscrita aos primeiros meses da entrada en funcionamento do novo distribuidor, de xeito que non pode realmente considerarse como un incumprimento da condición imposta polo referido artigo 47.3.

NOVENO.- Restaría finalmente analizar a cuestión planteada na denuncia referente á revisión das instalacións relacionadas co subministro de GLP.

A este respecto, o artigo 44 bis da Lei 34/1998, do sector de hidrocarburos distingue entre a comercialización por xunto; a comercialización retalista; e a instalación, mantemento e revisión das instalacións relacionadas co subministro do GLP.

Pola súa parte, tal como sinala na súa resposta Repsol Butano, S.A. á petición de información efectuada polo SGDC, debe distinguirse entre as inspeccións e revisións das instalacións receptoras de gas canalizado, nas que a responsabilidade de revisión recae exclusivamente no distribuidor, no presente asunto, a propia compañía Repsol Butano, S.A.; e as instalacións de GLP envasado ou a granel, nas que a responsabilidade da revisión das instalacións recae sobre o usuario das mesmas, de xeito que éste pode contratar con calquera compañía, legalmente autorizada, para a realización deses servizos.

A denunciante informa que Repsol Butano, S.A. comunicou aos clientes que Dismaca non ofrece garantías para revisar as instalacións e que eles son os únicos autorizados. Ao mesmo tempo afirma que Repsol Gas, pertencente a Repsol Butano, S.A. e dedicada ao mantemento de instalacións receptoras de gas canalizado, esixe aos usuarios que realicen ditas revisións con Teyca-Ga, S.L..

Eses feitos denunciados poden ser examinados desde a perspectiva da competencia tanto en sede do artigo 2 da LDC, referente ao abuso da posición de dominio, como en sede do artigo 3 da LDC, referente a condutas desleais.

Comezando por este último, o artigo 3 da Lei de defensa da competencia establece que os órganos competentes das Comunidades Autónomas coñecerán dos actos de competencia desleal que por falsearen a libre competencia afecten ao interese público. A aplicación deste artigo require, en primeiro lugar, a existencia dun acto de competencia desleal prohibido pola Lei 3/1991, de 10 de xaneiro, de competencia desleal, e, e segundo lugar, que este acto sexa dunha dimensión tal que poida falsear a libre competencia e afectar ao interese público.

A conduta denunciada, respecto da revisión de instalacións de GLP envasado ou a granel que a normativa sobre hidrocarburos non reserva exclusivamente ao distribuidor, podería constituír un ilícito concurrencial prohibido pola Lei de Competencia Desleal. Sen embargo, de acordo coa documentación manexada polo SGDC e incluída o expediente, non resulta acreditado que Repsol Butano se tivese dirixido a ningún cliente para advertirlle das escasas garantías que ofrecía Dismaca para realizar as revisións dese tipo de instalacións.

No referente á revisión das instalacións receptoras de gas canalizado, esta claro que de acordo coa información contida no expediente Repsol Butano actuou dentro da legalidade.

Ademais, este Tribunal considera que a suposta conduta desleal realizada por Repsol Butano, aínda no caso de resultar debidamente acreditada, non podería ser sancionada polo Tribunal Galego de Defensa da Competencia xa que non se pode considerar que afecte ao interese público e, por tanto, non podería aplicarse o disposto no referido artigo 3 da LDC. A Comisión Nacional de Competencia sostivo en numerosos casos que “O artigo 7 LDC (actual artigo 3)

non ten por obxecto reprimir calquera tipo de deslealdade nin protexer, directamente, os intereses dos competidores prexudicados. Disto encárgase a Lei de competencia desleal. A Lei de defensa da competencia é unha norma de dereito público que persegue unha finalidade de interese público, cal é que as condutas desleais non cheguen a falsear o funcionamento competitivo do mercado” (Resolución Resopal de 31 de marzo do 1997, Expt. R 189/96).

Respecto á posible aplicación do artigo 2 LDC, Repsol Butano, S.A. podería estar incorrendo nun abuso de posición de dominio se acaso efectuara actos dirixidos á exclusión de competidores de Teyca-Ga, S.L. no mercado de revisión das instalacións non reservadas á distribuidora, é dicir, o referente a GLP envasado ou a granel, utilizando para iso a posición privilexiada que lle outorgaría o feito de ser a empresa dominante no mercado de distribución ben de GLP envasado, ben de GLP a granel, sendo necesario, nesa perspectiva, distinguir entre dous mercados conexos, por unha parte, o de distribución de GLP envasado ou a granel, e, por outra, o de revisión das instalacións necesarias para eses subministros e, a continuación, probar que, efectivamente, Repsol Butano S.A. ocupa unha posición de dominio en cada ún deses últimos mercados.

Sen embargo, a carencia dunha base factual minimamente probatoria no expediente analizado respecto a que en efecto Repsol Butano ou Repsol Gas incorreran en actos de exclusión dos competidores de Teyca-Ga, impide chegar a conclusión algunha ao respecto, sen necesidade de examinar en detalle cada un dos aspectos sinalados no parágrafo anterior, polo que cabe concluír que tampouco por esta causa existen indicios de incumprimento do disposto na LDC por parte de Repsol Butano e Repsol Gas.

En conclusión, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal,

RESOLVE

ÚNICO.- Confirmar a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e proceder ao arquivo das actuacións referentes á denuncia de Dismaca, S.A. contra Repsol Butano, S.A. e Teyca-Ga, S.L. por considerar que non existen indicios de prácticas contrarias á competencia.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar que contra ela non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados desde a súa notificación.