

RESOLUCIÓN
(Expte. SACAN/24/13 ASISTENCIA DESCARGA GLP)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 9 de octubre de 2014

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actuando en Sala de Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado esta Resolución en el expediente SACAN/24/13 ASISTENCIA DESCARGA GLP, incoado por el Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SDCC), contra DISA GAS S.A.U., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 30 de enero y 1 de febrero de 2013, tuvieron entrada en la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias, denuncias formuladas por JCMB y CMMM, respectivamente, contra DISA GAS por presunta conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 2 de la LDC, consistente en la decisión unilateral de DISA GAS de no realizar con medios propios el servicio de asistencia en descarga en depósitos fijos de GLP en aquellas instalaciones en las que es obligatorio la participación de una segunda persona junto con el conductor de la cisterna, lo que podría suponer un abuso de DISA GAS de su posición dominante en el mercado de la comercialización de GLP en depósitos fijos que distorsiona la competencia.

2. Según lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia, se asignó al SDCC como órgano competente para conocer de la referida conducta.
3. El 6 de mayo de 2013, el SDCC, tras realizar la información reservada e investigación posterior, acordó la incoación de expediente sancionador 24-2013-O-CAN Asistencia Descarga GLP. Dicho acuerdo de incoación fue notificado a las partes los días 8 y 13 de mayo de 2013.
Con fecha 4 de junio de 2013, DISA presentó escrito de alegaciones contra el acuerdo de incoación.
4. El día 23 de mayo de 2013, se incorporó al expediente la documentación recabada durante la información reservada así como las consultas previas realizadas por los denunciadores en relación con los contratos de asistencia en descargas de GLP.
5. También con fecha 23 de mayo de 2013, el SDCC solicitó información al Servicio de Combustibles y Energías Renovables en la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias. El día 10 de junio de 2013, se recibió respuesta de la Dirección General de Industria y Energía manifestando que, conforme a la interpretación del Ministerio de Industria, *"en las operaciones de asistencia al llenado no es admisible la intervención de personal no perteneciente a la empresa distribuidora, aún cuando esta última disponga de contratos de arrendamiento de servicio de asistencia con empresas instaladoras/mantenedoras de depósitos de GLP"*.
6. El 27 de mayo de 2013, se requirió a DISA información relativa a la utilización de medios propios o ajenos en relación con la segunda persona que debe asistir al conductor de la cisterna en la descarga de GLP en determinados depósitos. Asimismo el 5 de julio de 2013, se realizó un requerimiento a DISA, por el que se le solicitaba, entre otra, la siguiente información: *"Listado de todas las privaciones de suministro en depósitos fijos de GLP en Canarias efectuadas durante 2012 (...) y copia de los checklists o listas de comprobación cumplimentados por el conductor de la cisterna y el asistente de todas las descargas realizadas durante los meses pares de 2012 en todos los depósitos fijos de GLP mantenidos por determinadas empresas instaladoras (...)"*.
7. A su vez, el mismo día 5 de julio de 2013, se solicitó a la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias copia de todas las comunicaciones de privación de suministro en depósitos fijos de GLP en Canarias efectuadas durante 2012, así como copia de todos los expedientes de denuncias o discrepancias presentadas en el año 2012 por los titulares de los depósitos fijos y/o empresas instaladoras/mantenedoras contratadas para su mantenimiento, con motivo de las privaciones de suministro, solicitud que fue contestada el 11 de octubre de 2013.

8. El 31 de julio de 2013, DISA remitió al SDCC, para su incorporación al expediente, la Orden 421/2013, de 9 de julio, de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto por DISA GAS y DISA GESTIÓN LOGÍSTICA SA frente a la Resolución de la Dirección General de Industria y Energía nº 663, de 24 de mayo de 2013, sobre la aplicación del artículo 11 del Real Decreto 1085/1992, relativo a requisitos de los sujetos para el ejercicio de la actividad comercializadora al por menor de GLP a granel llevada a cabo por DISA GAS.
9. Con fecha 11 de diciembre de 2013, el SDCC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, formuló Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH), notificado a DISA y a CMMM el mismo día y a JCMB el 12 de diciembre de 2013.

Se recibieron alegaciones al PCH procedentes de JCMB (18 de diciembre), CMMM (7 y 15 de enero de 2014) y DISA GAS (7 de enero), no solicitándose en ellos la práctica de ninguna prueba.

10. El 18 de diciembre de 2013 y el 16 de enero de 2014, el SDCC solicitó información a diversas compañías aseguradoras (Fiatc Mutua de seguros, Allianz Seguros, Seguros Mapfre, Caser Seguros) respecto a la cobertura proporcionada por el seguro de responsabilidad civil de las empresas instaladoras/mantenedoras de instalaciones fijas de GLP respecto a la asistencia en descarga, o la necesidad de contratar una cobertura adicional. Se recibió respuesta de FIATC (9 y 24 de enero de 2014) y CASER (13 de febrero y 18 de febrero).
11. Con fecha 2 de enero de 2014, Red Gas Canarias S.L., solicitó su inclusión como interesada en el expediente, al verse afectada por las prácticas investigadas.
12. El 8 de enero de 2014, el SDCC acordó la ampliación del acuerdo de incoación, presentando Red Gas Canarias las alegaciones correspondientes, el 31 de enero de 2014. DISA presentó escrito de alegaciones el día 7 de febrero de 2014.

El 7 de febrero de 2014, tuvo entrada en el SDCC escrito de Instalaciones GLP Antonios SL, por el que se unía a la denuncia presentada por Red Gas Canarias SL y aportaba diversa documentación. El día 12 de febrero de 2014, DISA presenta alegaciones a dicho escrito.
13. Con fecha de 24 de febrero de 2014, el SDCC acordó el cierre de la instrucción del expediente 24-2013-O-CAN Asistencia Descarga GLP, lo que se notificó a los interesados.
14. El 31 de marzo de 2014, el SDCC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió Propuesta de Resolución.
15. El 14 de abril y el 22 de abril, Red Gas Canarias S.L., y DISA GAS respectivamente, presentaron escritos de alegaciones a la Propuesta de

Resolución, ante el SDCC. En su escrito, DISA GAS propone la práctica de prueba y remite su volumen de negocios del año 2013, dando así cumplimiento al requerimiento realizado por el SDCC el 31 de marzo de 2014.

16. Con fecha 29 de abril de 2014, el SDCC, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, remitió el expediente a la CNMC, incluyendo la Propuesta de Resolución y las alegaciones realizadas a la misma.
17. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 9 de octubre de 2014.
18. Son interesados:
 - D.JCMB
 - D.CMMM
 - DISA GAS S.A.U.
 - Red Gas Canarias S.L.
 - Instalaciones GLP Antonios SL.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por esta Sala de Competencia partiendo de los hechos acreditados a partir de la instrucción que inició y llevó a cabo el Servicio Canario de Defensa de la Competencia, dependiente de la Viceconsejería.

I. LAS PARTES

DENUNCIANTES:

- **D.JCMB**, titular de la empresa instaladora/mantenedora de depósitos fijos de GLP JCMBGAS, sita en El Sobradillo - La Gallega (Tenerife).
- **D. CMMM**, titular de una empresa instaladora/mantenedora de depósitos fijos de GLP, domiciliada en Teguiise (Lanzarote).

DENUNCIADO: DISA GAS S.A.U. (DISA GAS) es una empresa radicada en Canarias, filial al 100% de DISA Corporación Petrolífera SA, dedicada a la distribución y comercialización mayorista y minorista de gases licuados del petróleo (GLP).

DISA GAS es una operadora al por mayor de GLP (responsable del suministro de GLP en depósitos fijos) y comercializadora al por menor de GLP a granel. Realiza la distribución, venta, suministro y comercialización al por mayor y al por menor de GLP, tanto a granel como envasado, tanto a través de medios propios como a través de terceros. DISA GAS es la única operadora que ofrece GLP en Canarias

y cuenta con plantas de almacenamiento, envasado y distribución de GLP en las siete islas.

DISA GAS transporta el GLP hasta las instalaciones de sus clientes a través de DISA GESTIÓN LOGÍSTICA SA, participada indirectamente al 100% también por DISA Corporación Petrolífera SA., aunque la empresa inscrita en el Registro de Operadores de GLP es DISA GAS.

OTROS DENUNCIANTES E INTERESADOS: tras la notificación del PCH solicitaron ser parte interesada en el expediente o presentaron denuncia complementaria las siguientes empresas:

- **Red Gas Canarias S.L.** empresa instaladora/mantenedora de depósitos fijos de GLP, domiciliada en Agüimes (Gran Canaria), admitida como interesada el 8-01-2014.
- **Instalaciones GLP Antonios SL.**

II. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

1. Marco normativo

Como ya señala el SDCC en su Informe Propuesta el marco normativo es el siguiente:

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, modificada a su vez por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, tuvo por objeto renovar, integrar y homogeneizar la distinta normativa legal vigente en materia de hidrocarburos. Asimismo, mantuvo en vigor las disposiciones reglamentarias aplicables en materias que constituyen su objeto, en tanto no se dictaran las disposiciones de desarrollo de la propia Ley, lo que afectó, entre otros, al Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, aprobado por el Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre. El capítulo III del Título III de la Ley 34/1998 (artículos 45-48) regula el sector de los gases licuados del petróleo, dedicando su artículo 46 a los comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo a granel:

"1. Serán comercializadores al por menor de GLP a granel las sociedades mercantiles que realicen las actividades de almacenamiento, mezcla, transporte y comercialización al por menor de GLP a granel.

2. Podrán actuar como comercializadores al por menor de GLP a granel, las sociedades que cumplan las condiciones para la realización de la actividad que se establezcan reglamentariamente, entre las que se incluirán la suficiente capacidad técnica del solicitante.

En todo caso, dichas sociedades deberán comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que lo comunicará a su vez a la Comisión Nacional de Energía y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos el inicio o cese de la actividad, acompañando la

comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de la condiciones a que se refiere el párrafo anterior. Asimismo, remitirán copia de las autorizaciones de construcción, modificación o cierre de las instalaciones de distribución de GLP al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio."

En 2006 entró en vigor el Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11, que modificaba el régimen de revisiones e inspecciones de las instalaciones receptoras y derogaba parcialmente el mencionado Real Decreto 1085/1992. Cabe resaltar lo establecido en el Apartado 4 de su ITC. ICG 3:

"El diseño, construcción, montaje y explotación de la instalación de almacenamiento se realizará con arreglo a lo establecido en la norma UNE 60250. La ejecución de las instalaciones será realizada por una empresa instaladora de gas, salvo en aquellas que sean propiedad de los Operadores al por mayor de GLP que también podrán ser realizadas por éstos."

En este sentido, la norma UNE 60250:2008 Instalaciones de almacenamiento de gases licuados del petróleo (GLP) en depósitos fijos para su consumo en instalaciones receptoras tiene por objeto establecer los requisitos generales para el diseño, la construcción, el montaje y la explotación de las Instalaciones de almacenamiento de GLP mediante depósitos fijos, con una capacidad geométrica conjunta de almacenamiento inferior o igual a 2.000 m³, para su consumo en instalaciones receptoras, bien sea directamente o a través de redes de distribución. En concreto, su artículo 8.2 estipula respecto a las operaciones de llenado (trasvase) lo siguiente:

"Las operaciones de llenado se deben realizar por el conductor de la cisterna o por personal de la empresa distribuidora. (...)

En depósitos situados en las azoteas o en instalaciones donde desde una distancia menor de 25 m, medidos desde el camión no se divise el punto alto, se debe colocar un sistema automático de corte o alarma, mecánico o electrónico, o se debe realizar la descarga mediante dos personas (...)

Después de efectuado el llenado y retirada la manguera, se debe comprobar (con pulverización de líquido jabonoso, un detector electrónico de fugas u otro método igualmente eficaz) que la boca de carga no tiene fugas."

Por otro lado, el Real Decreto 197/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector de hidrocarburos a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, tuvo por objeto desarrollar los preceptos de la Ley 34/1998, de 7 de

octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptar la normativa existente a los nuevos requerimientos contemplados en dicha norma.

Debe destacarse de esta modificación la realizada sobre los siguientes artículos del Real Decreto 1085/1992:

"Artículo 5 Requisitos de los sujetos para el ejercicio de la actividad de operador al por mayor.

Los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de operador al por mayor deberán cumplir los requisitos que se determinan en los siguientes artículos relativos a:

- a) Capacidad legal, técnica y financiera.*
- b) Tener asegurados contractualmente los suministros.*
- c) Medios de almacenamiento para el desarrollo de su actividad*
- d) Existencias mínimas de seguridad*
- e) El cumplimiento de sus instalaciones de las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias.*

Artículo 6 Capacidad legal, técnica y financiera

- 1. Para acreditar su capacidad legal los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de operador al por mayor deberán hallarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y, en su caso, de Seguridad Social.*

Las entidades que realicen la actividad de operador al por mayor de G. L. P. deberán revestir la forma de sociedades mercantiles de nacionalidad española, o, en su caso, de otro Estado miembro de la Unión Europea.

- 2. Para acreditar su capacidad financiera, los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de operador al por mayor deberán disponer de unos recursos propios afectos a la actividad que superen los 2.000.000 euros.*

El Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá actualizar dichas cantidades mediante orden ministerial.

- 3. Para acreditar su capacidad técnica los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de operador al por mayor deberán contar con documentos justificativos de alguno de los siguientes requisitos:*

- a) Haber ejercido la actividad de suministro de G. L. P. o de otros productos petrolíferos al menos en los últimos tres años.*
- b) Contar entre sus accionistas con, al menos, un socio que participe en el capital social con un porcentaje igual o superior al 25 por ciento y que pueda acreditar su experiencia durante los últimos tres años en las actividades de suministro de G. L. P. o de otros productos petrolíferos.*

- c) *Tener suscrito un contrato de asistencia técnica con alguna entidad que cuente con experiencia suficiente en la actividad de suministro de G. L. P. o de otros productos petrolíferos.*

Artículo 11 Requisitos de los sujetos para el ejercicio de la actividad de comercializador al por menor de G. L. P. a granel

Los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de comercializador al por menor de G. L. P. a granel deberán cumplir los requisitos relacionados en los artículos 6 a 10 de este reglamento, con excepción del requisito de los recursos propios afectos a la actividad establecidos en el artículo 6.2 que en el caso de los comercializadores al por menor de G. L. P. a granel deberán ser superiores a 1.000.000 euros.

No obstante, y en el caso de que adquiera el producto a un operador al por mayor, no le serán exigibles los requisitos de capacidad de almacenamiento y existencias mínimas, que serán cubiertos por éste”.

A raíz de un accidente ocurrido en Gran Canaria el 23 de noviembre de 2011, con fecha 30 de ese mismo mes la Viceconsejería de Industria y Energía del Gobierno de Canarias dictó “Instrucciones sobre operaciones de llenado en depósitos fijos” en las que se requería la presencia de dos personas para “Las operaciones de llenado de depósitos de almacenamiento sin visión directa desde la cisterna o, en todo caso, cuando la distancia entre el depósito y la boca de carga sea superior a 25 metros”, entre otras situaciones.

En respuesta a las numerosas consultas recibidas sobre dichas Instrucciones de 30 de noviembre, el 14 de diciembre de 2011 la Viceconsejería de Industria y Energía emitió nuevas instrucciones aclarando que “La exigencia de realizar la carga de los depósitos fijos mediante dos personas en depósitos de almacenamiento sin visión directa desde la cisterna o, cuando la distancia entre el depósito y la boca de carga sea superior a 25 metros, afecta únicamente a la empresa que efectúe el suministro en su condición de operador al por mayor o comercializador al por menor, todo ello en cumplimiento de su obligación de disponer de medios técnicos y humanos adecuados y necesarios para el ejercicio de la actividad”.

El 17 de enero de 2012, DISA GAS interpuso recurso de alzada contra esta Instrucción de 14 de diciembre de 2011.

Mediante Orden 642/2012, de 16 de octubre, la Consejera de Empleo, Industria y Comercio resolvió el referido recurso, anulando la Instrucción de 14 de diciembre de 2011 dictada por la Viceconsejera de Industria y Energía. Para la resolución de este recurso de alzada se solicitó informe a la CNE, que fue emitido el 14 de junio de 2012, concluyendo que “con los datos aportados por el Gobierno de Canarias, esta Comisión no aprecia indicios de incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, para el ejercicio de la actividad de comercializador al por menos de GLP a granel, por parte de DISA GAS SAU” (folios 117- 122).

2. Funcionamiento del Mercado

Como indica el SDCC en su Informe Propuesta, los mercados relevantes susceptibles de verse afectados por la conducta analizada en el presente expediente son los siguientes:

1) Mercado de suministro de GLP a granel.

Según la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) al Expediente S/0256/10 INSPECCIONES PERIODICAS DE GAS, "El Gas Licuado de Petróleo es un producto compuesto por Propano (C_3H_8), Butano (C_4H_{10}), o una mezcla de ambos. Su distribución y comercialización puede realizarse con producto embotellado (bombonas) o por canalización, mediante una red de distribución compuesta por tuberías aéreas o enterradas alimentadas desde un depósito donde se almacena el gas.

La importancia relativa del GLP en el balance energético español no radica tanto en su volumen como en el número de consumidores que atiende, ya que se trata de una energía destinada, principalmente, a satisfacer el consumo doméstico-comercial, complementando al gas natural particularmente en entornos dispersos y rurales, donde el coste para introducir el gas natural hace inviable a día de hoy la construcción de redes en dichos entornos.

En materia regulatoria, la principal característica de este mercado es que, a diferencia de lo que ocurre con el gas natural, la actividad de suministro de GLP por canalización no se encuentra liberalizada, por lo que todos los clientes se suministran a través de la empresa distribuidora titular de la red de distribución a la que están conectados, a precios regulados (...).

Respecto a la regulación de las actuaciones a realizar en las instalaciones receptoras, el Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11, es de aplicación para las instalaciones de GLP, tal y como se recoge en el artículo 2, que define su ámbito de aplicación."

En Canarias, el mercado de suministro de GLP a granel tiene un ámbito geográfico insular, ya que no existe sustituibilidad perfecta entre islas, debido al elevado coste del transporte de este tipo de mercancías, sujeto además a unas normas de seguridad muy estrictas. El GLP llega por barco al puerto y se realiza el almacenamiento en grandes depósitos (esferas), desde donde se hace el transporte en camiones para realizar las descargas en las instalaciones fijas. DISA GAS SAU es la única oferente en las Islas Canarias, contando por tanto con una posición monopolística.

Son demandantes en este mercado los titulares de dichos depósitos fijos, que según datos de la Dirección General de Industria y Energía (folios 191-196) ascienden en Canarias a un total de 1.154, con el siguiente desglose por islas:

| Isla | Número de Instalaciones |
|---------------|-------------------------|
| Tenerife | 411 |
| La Palma | 17 |
| La Gomera | 0 |
| El Hierro | 0 |
| Gran Canaria | 409 |
| Lanzarote | 214 |
| Fuerteventura | 103 |
| TOTAL | 1154 |

2) Mercado del mantenimiento de los depósitos fijos de GLP:

Los depósitos fijos de GLP a granel deben hallarse permanentemente en disposición de servicio, con el nivel de seguridad adecuado, siendo el titular de la instalación el responsable del mantenimiento, conservación, explotación y buen uso de la instalación. Para ello, es obligatorio que el titular de la instalación disponga de un contrato de mantenimiento suscrito con una empresa instaladora autorizada, que disponga de un servicio de atención de urgencias permanente, por el que ésta se encargue de conservar las instalaciones en el debido estado de funcionamiento, de la realización de las revisiones y del funcionamiento de la protección contra la corrosión, protección catódica y del control anual del potencial de protección o trimestral en el caso de corriente impresa.

Son oferentes en este mercado las empresas instaladoras/mantenedoras de gas, entendidas como *"Persona física o jurídica que ejerce las actividades de montaje, reparación, mantenimiento y control periódico de instalaciones de gas, cumpliendo los requisitos establecidos en la ITCICG 09 y habiendo presentado la correspondiente declaración responsable de inicio de actividad según lo prescrito en dicha Instrucción Técnica Complementaria"*, tal y como se define en el apartado 3 j) de la ITC-ICG 09.

Son demandantes en este mercado los titulares de dichos depósitos fijos.

Según datos de la Dirección General de Industria y Energía y de DISA (folios 41-190), Canarias cuenta con el siguiente número de instalaciones de depósitos fijos, y empresas instaladoras/mantenedoras, desglosado por islas:

| Isla | Número Instalaciones | | Número Instaladores/ mantenedores | Instaladores/mantenedores con contrato de asistencia en descarga |
|---------------|----------------------|-------------|--------------------------------------|--|
| | Autorizadas | En activo | | |
| Tenerife | 411 | 411 | 27 | 6 |
| Gran Canaria | 409 | 403 | 32 | 12 |
| Lanzarote | 214 | 211 | 2 | 1 |
| Fuerteventura | 103 | 103 | 3 | 0 |
| La Palma | 17 | 17 | 3 | 1 |
| La Gomera | 0 | 0 | 0 | 0 |
| El Hierro | 0 | 0 | 0 | 0 |
| TOTAL | 1154 | 1145 | 67 | 20 |

Desde el punto de vista geográfico, nos encontramos con un mercado eminentemente insular.

No obstante, en aquellas islas menores que cuentan con un cierto número de demandantes y muy pocos oferentes, como por ejemplo, Fuerteventura y Lanzarote, es posible que las empresas instaladoras/mantenedoras presten sus servicios en más de una isla.

III. HECHOS ANALIZADOS

1. Actuaciones de DISA GAS tras las “Instrucciones sobre operaciones de llenado en depósitos fijos” de 30 de noviembre de 2011

Tras la emisión por la Viceconsejería de Industria y Energía del Gobierno de Canarias de las “Instrucciones sobre operaciones de llenado en depósitos fijos” de 30 de noviembre de 2011 en las que se requería la presencia de dos personas para *“Las operaciones de llenado de depósitos de almacenamiento sin visión directa desde la cisterna o, en todo caso, cuando la distancia entre el depósito y la boca de carga sea superior a 25 metros”*, a principios de diciembre de 2011 DISA GAS remitió a los propietarios de las instalaciones fijas de GLP escritos informativos sobre dichas Instrucciones en las que solicitaba el envío de los certificados correspondientes y *“la presencia de una persona durante el proceso de descarga”*.

En marzo de 2012 DISA convocó a todas las empresas instaladoras de depósitos GLP a un curso de formación gratuito, que habilitaba para la asistencia a la descarga de GLP en depósitos fijos, condición necesaria para suscribir el contrato de arrendamiento de servicios de DISA GAS. En dicha reunión, según alega DISA GAS (folio 48), “se les informó de los procedimientos para la realización de los procedimientos de descarga, ofreciéndoles a todos, incluidos los denunciantes, la opción de firmar con DISA Gas el contrato de arrendamiento de servicios de asistencia en descargas de GLP”.

2. Contrato de arrendamiento de servicios de asistencia en descargas de GLP

El contrato suscrito entre DISA GAS y las empresas instaladoras/mantenedoras de los depósitos fijos (folios 138-145) tiene por objeto "los servicios de Asistencia en las Operaciones de Descarga de gases licuados del petróleo en las Instalaciones de sus clientes en el Archipiélago Canario".

Dicho contrato contiene el "Procedimiento Operativo de Descarga de GLP en instalaciones de clientes al objeto de *"establecer unas instrucciones generales de actuación y criterios aplicables a la ejecución de las tareas relacionadas con la descarga de camiones cisterna de GLP en las instalaciones de almacenamiento de GLP de clientes (...)"*. DISA clasifica las instalaciones en tipos A, B y C¹, siendo las de tipo B y C, así como en algunas de tipo A, en las que la descarga debe realizarse por el conductor y un asistente.

Para la designación de asistente para cada una de las descargas, si el instalador/mantenedor ha suscrito el contrato de asistencia en descarga con DISA GAS, es él mismo el que realiza la asistencia en las instalaciones que mantiene. Por el contrario, según DISA, *"En los casos en los que no se ha suscrito un contrato de asistencia en descarga con la empresa mantenedora de dichas instalaciones"* se recurre a los servicios de otra empresa instaladora distinta de la titular. *"Ni DISA ni ninguna otra empresa del grupo se encargan de prestar este servicio (...)"*.

Según informa DISA GAS en sus alegaciones a la PR, de las 27 empresas instaladoras/mantenedoras con contratos de mantenimiento en vigor, 20 han suscrito contrato de asistencia con DISA GAS.

Algunos instaladores se negaron a suscribir el contrato de arrendamiento de asistencia en descarga con DISA al valorar que *"las funciones para las que les contrataba DISA no formaban parte de las competencias de una empresa instaladora de gas, conforme a lo estipulado en el artículo 3 j) y 3 q) del RD 919/2006"*, y que *"el seguro de responsabilidad civil necesario para el ejercicio de empresa instaladora de gas no sería el adecuado para la actividad de asistente en descarga de GLP"*. El contrato prevé una cláusula específica (cláusula novena) sobre los seguros que debe tener la empresa a la que pertenezca el asistente en descarga.

En lo relativo a las actuaciones seguidas por DISA antes y después de la descarga, la Viceconsejería manifestó que *"las actuaciones de DISA GAS SAU*

¹ TIPO A: instalaciones con depósitos de almacenamiento, con visión directa desde la cisterna o donde la distancia entre el depósito y la boca de carga sea inferior a 25 metros)

TIPO B: Instalaciones con depósitos de almacenamiento sin visión directa desde la cisterna o, en instalaciones donde la distancia entre el depósito y la boca de carga sea superior a 25 metros) y

TIPO C: Depósito equipado con dispositivo de lectura de nivel a distancia y sin visión directa desde la cisterna o en instalaciones donde la distancia entre el depósito y la boca de carga sea superior a 25 metros)

que tienen por objeto efectuar comprobaciones de seguridad que exceden de los mínimos obligatorios son perfectamente admisibles, si ambas partes, propiedad y suministrador, están de acuerdo”.

3. Actuaciones contra la subcontratación

El 23 de marzo de 2013, la Asociación ACEINGAS (a la que pertenecen los dos denunciados), presentó denuncia ante la Dirección General de Industria y Energía por la práctica habitual de DISA GAS SA de subcontratar al personal que realiza la descarga de propano a granel, iniciándole un expediente administrativo por presunta infracción de la normativa vigente.

El MINETUR en contestación a la consulta realizada por el SDCC, acerca de la interpretación de determinados aspectos relacionados con el Real Decreto 1085/1992 y el Real Decreto 919/2006 (folios 359-361), consideró que no habría impedimento legal para que DISA GAS subcontratara a DISA GESTIÓN LOGÍSTICA S.A. con el objeto de que ésta desarrollara parte de la actividad de comercialización al por menor de GLP a granel, siempre y cuando ésta a su vez comunicara el inicio de dicha actividad y aportara las declaraciones responsables correspondientes. No obstante, el SDCC (folio 356) considera que se desprende del informe del Ministerio que el personal que realice la distribución, incluida la asistencia en descarga para depósitos fijos de GLP, debe pertenecer a la compañía distribuidora.

Mediante la Resolución nº 663, de 24 de mayo de 2013, la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias, requirió a DISA GESTIÓN LOGÍSTICA SA que acreditara haber realizado los trámites exigidos para el inicio de la actividad de comercialización al por menor de GLP a granel, y concedió a DISA GAS un plazo para la presentación de alegaciones por presunta infracción grave tipificada en el art. 110 m) de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos².

Contra esta Resolución se interpuso un recurso de alzada el 7 de junio de 2013, tanto por DISA GAS como por DISA GESTION LOGISTICA. La Consejera de Empleo, Industria y Comercio estimó parcialmente el recurso en base a la aludida vulneración de la Ley 30/1992, anulando la Resolución nº 663, y retrotrayendo el expediente administrativo a la fase de realización del trámite de audiencia al interesado que prevé el art. 84 de dicha Ley (aún no existe pronunciamiento en firme sobre el fondo de la cuestión).

4. Análisis de las incidencias en las descargas a través de las listas de comprobación y listado de las privaciones de suministro

² el art. 110 m) El incumplimiento, por parte de los transportistas, distribuidores, comercializadores o, en general, de los titulares de las instalaciones, de las obligaciones establecidas en esta Ley y normativa de desarrollo cuando, por las circunstancias concurrentes, no se encuentre tipificado como infracción muy grave o leve.

El 5 de julio de 2013, el SDCC solicitó a DISA GAS una muestra de los checklists que cumplimentan el conductor del camión-cisterna y el asistente en cada una de las descargas que realizan, y en las que se deja constancia de las observaciones o incidencias que hayan podido ocurrir en el proceso de descarga. La muestra solicitada abarcaba los checklists de todas las descargas realizadas durante los meses pares de 2012 en todos los depósitos fijos de GLP mantenidos por determinadas empresas instaladoras seleccionadas por el SDCC, eligiéndose para cada isla, cuando fuera posible, los checklists de las descargas realizadas en las instalaciones tanto de una empresa instaladora sin contrato de asistencia en descarga con DISA como de una empresa con contrato, a fin de poder realizar una comparación.

De los datos aportados, el SDCC deduce que en la muestra seleccionada el porcentaje de incidencias en aquellas instalaciones de las islas de Tenerife, Lanzarote y Fuerteventura donde el asistente en descarga pertenece a una empresa distinta de la instaladora/mantenedora es ligeramente superior al porcentaje de incidencias donde coinciden ambas empresas (1,9%, 2,0% y 0,5% frente a 0,8%, 1,4% y 0,0%, respectivamente). A la vista de estos datos el SDCC estima que no se pueden sacar conclusiones para las islas de Gran Canaria ni La Palma, al no tener datos suficientemente representativos de ambas circunstancias (con y sin contrato).

Las incidencias observadas en los checklists de la muestra tienen poca gravedad y no motivaron que no se realizara la descarga en última instancia, salvo en aquellos casos en los que se produjo la interrupción del suministro. A este respecto, se solicitó a DISA un listado de todas las privaciones de suministro en depósitos fijos de GLP en Canarias que fueron efectuadas durante el año 2012, con indicación del titular del depósito, fecha y motivo de la privación de suministro y nombre de la empresa mantenedora de dichas instalaciones. DISA remitió un listado de un total de **100 privaciones de suministro**, acompañado de la documentación correspondiente a algunas de dichas privaciones, tras cuyo análisis el SDCC constató que 17 traían causa de una deuda pendiente, es decir, estaban claramente justificadas. De las 83 restantes, 54 (65%) se realizaron sobre una instalación cuyo instalador/mantenedor tenía suscrito un contrato de asistencia en descarga con DISA y 29 (35%) que no lo tenían suscrito.

5. Actuaciones de los denunciantes

Según manifiestan los denunciantes, la realización de la asistencia a la descarga por una empresa mantenedora distinta y competidora de la empresa mantenedora de la instalación, ha propiciado situaciones conflictivas que han derivado incluso en rescisión del contrato del mantenedor.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Consejería de Industria y Comercio del Gobierno de Canarias por parte de los denunciantes, acompañando sus escritos de sendos reportajes fotográficos, relativos al presunto deterioro

que el uso de determinados productos para la detección de fugas por parte de la compañía suministradora estaría ocasionando sobre elementos de las instalaciones de depósitos fijos de GLP, que los denunciantes también adjuntan a la denuncia presentada ante el SDCC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **Habilitación competencial**

El Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, establece en su artículo 14.h), relativo al ejercicio de las funciones en materia de defensa de la competencia por parte de la Consejería de Economía y Hacienda, que *“En materia de ordenación y planificación de la actividad económica, corresponden a la Consejería de Economía y Hacienda las siguientes competencias: (...) h) el ejercicio de las funciones que a la Comunidad Autónoma de Canarias corresponda en materia de defensa de la competencia”*.

Por su parte, el artículo 20.2.q) de dicho Decreto, señala que: *“Corresponden a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea las siguientes competencias: (...) q) el impulso y ejecución de las actuaciones en materia de defensa de la competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.”*

En virtud del Decreto 118/2006, de 1 de agosto, por el que se modificó la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Economía y Hacienda, se creó el Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SDCC), adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea. Su puesta en marcha y funcionamiento tuvo lugar el 3 de noviembre de 2008.

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*.

Asimismo, en función de lo dispuesto por los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la citada Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en este Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Igualmente, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de*

conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia". El artículo 20.2 de la misma Ley atribuye al Consejo la función de "resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio" y según el artículo 14.1.a) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la entidad, "la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio".

Asimismo, en el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se establece que las Resoluciones del Consejo podrán declarar acordar la existencia de conductas prohibidas por dicha Ley o, en su caso, la no acreditación de la existencia de dichas prácticas prohibidas.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia.

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución y normativa aplicable.

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por el SDCC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las conductas llevadas a cabo por la denunciada DISA GAS en las operaciones de suministro de GLP en depósitos fijos situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias constituyen o no un abuso de su posición de dominio, prohibido por el artículo 2 de la LDC.

Las conductas investigadas son las siguientes:

1. La decisión adoptada por DISA GAS SAU de no realizar con medios propios el servicio de asistencia en descarga en depósitos fijos de GLP, en aquellas instalaciones en las que es obligatorio la participación de una segunda persona junto con el conductor de la cisterna, sino a través de una tercera empresa instaladora/mantenedora, mediante la suscripción de contratos de asistencia.
2. La realización por parte de DISA GAS SAU de determinadas comprobaciones técnicas adicionales no establecidas en la normativa sectorial vigente, en las operaciones de descarga de GLP en depósitos fijos.

Por lo que respecta a la normativa aplicable, es la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, la legislación que se va a aplicar en el presente procedimiento sancionador, al haberse desarrollado la totalidad de la conducta bajo su vigencia.

TERCERO.- Sobre la acreditación de la Infracción.

1. Valoración jurídica del órgano instructor

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, el SDCC propone al Consejo de la CNMC, la declaración de infracción para DISA GAS SAU.

En concreto, el SDCC propone:

- *“Que declare la existencia de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 2 de la LDC, consistente en la decisión adoptada unilateralmente por DISA GAS SAU de no realizar con medios propios el servicio de asistencia en descarga en depósitos fijos de GLP, sino a través de la contratación de los servicios de la propia empresa mantenedora de la instalación o de una tercera empresa instaladora/mantenedora, competidora de la primera, en aquellas instalaciones en las que es obligatorio la participación de una segunda persona junto con el conductor de la cisterna, con el efecto de distorsionar el mercado de mantenimiento de depósitos fijos de GLP, y que tal conducta prohibida se tipifique, a los efectos de la sanción a imponer, como infracción muy grave, según el artículo 62.4.a) de la LDC.*
- *Que se declare responsable de dicha infracción a DISA GAS SAU.*
- *Que se imponga la sanción correspondiente en aplicación de los artículos 63 y 64 de la LDC”.*

Como fundamento de la anterior imputación, el SDCC considera que la conducta de DISA GAS SAU, que ostenta una posición monopolista en el mercado de suministro de GLP a granel en depósitos fijos, supone un abuso de su posición de dominio desde finales del año 2011 hasta la actualidad.

Dicha conducta consiste en la decisión unilateral de DISA GAS de no realizar con medios propios el servicio de asistencia en descarga en depósitos fijos de GLP en aquellas instalaciones en las que es obligatorio la participación de una segunda persona junto con el conductor de la cisterna, sino subcontratarlo con la empresa mantenedora de la instalación o con una tercera empresa instaladora/mantenedora, competidora de la primera.

El SDCC no aprecia circunstancias atenuantes ni agravantes que deban tenerse en cuenta.

Por el contrario el SDCC considera que no existe abuso respecto de otras prácticas ejecutadas por DISA GAS:

- No queda probado que DISA GAS abuse de su posición dominante al realizar comprobaciones adicionales a las establecidas en la normativa en los procedimientos de descarga en depósitos fijos de GLP. DISA GAS ofreció a los titulares de algunas instalaciones la posibilidad de renunciar expresamente a las mencionadas comprobaciones adicionales.
- En lo referente a la atribución a DISA GAS de la realización de comprobaciones del buen estado de las instalaciones presuntamente de manera más exhaustiva y exigente en aquellos depósitos cuyo instalador/mantenedor no hubiera suscrito un contrato de asistencia en descarga con DISA GAS, no ha quedado acreditado que el comportamiento tanto del conductor del camión-cisterna de DISA como el asistente en descarga subcontratado al efecto sea discriminatorio respecto de aquellos

instaladores/mantenedores que no han suscrito el contrato de asistencia en descarga con DISA.

2. Análisis de las alegaciones

2.1 Alegaciones de DISA GAS

Con fecha 22 de abril, tuvo entrada en el Registro de la Viceconsejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias, escrito presentado el 16 de abril de 2014 por la representación de DISA GAS S.A.U., en el que efectúa las alegaciones pertinentes a la Propuesta de Resolución del SDCC.

En dicho escrito, DISA GAS alega la racionalidad de la conducta denunciada, su sentido económico y su evidente efecto positivo en las condiciones de competencia del mercado. DISA GAS también critica la valoración por el órgano instructor de sus actuaciones en el mercado al no considerarla ajustada al principio de objetividad necesario en un procedimiento sancionador.

Las principales alegaciones expresadas por DISA GAS son las siguientes:

- Legitimidad de la subcontratación:

Como ya manifestó previamente en sus alegaciones al PCH, DISA GAS considera que la actitud de DISA encuentra respaldo normativo en las norma UNE 60250:2008 (apartado 8.2) y en el art. 6.3 del R.D 1085/1992 por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo.

Asimismo DISA GAS señala que diversos organismos y administraciones han emitido opinión favorable respecto a la subcontratación de la actividad de asistencia en la descarga a través de los siguientes informes

- o Informe de la CNE de 14 de junio de 2012.
- o Orden de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de 16 de octubre de 2012.
- o Informe de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 13 de mayo de 2013.
- o Informe de la Asesoría Técnica de AENOR de 4 de octubre de 2013.

- Confianza legítima en la legalidad de su actuación:

DISA GAS alega también que su actuación se desarrolló bajo la convicción de que su comportamiento era conforme a la ley, tal y como se ha señalado en los citados pronunciamientos de la Administración Pública. Debido a ello considera que *“en todo caso sería evidente que DISA habría actuado sin intención de infringir la normativa de competencia y en la creencia fundada de estar interpretando correctamente la norma conforme a las indicaciones de la Administración Pública”*.

- Inexistencia de abuso de posición de dominio:

DISA GAS argumenta que el objeto de la subcontratación denunciada no era otro que externalizar el coste del segundo asistente con el fin de lograr una mayor eficiencia y una mejora de la calidad del servicio de asistencia en descarga de GLP. Por ello considera que el objeto de tal conducta no solo no es restrictivo de la competencia, sino que tiene un sentido económico y de negocio evidente. Señala también que dicha subcontratación podría haberla llevado a cabo aún con una cuota de mercado reducida en el mercado de suministro de GLP, de modo que no es una práctica ejecutada apoyándose en la posición de dominio que ostenta DISA en un mercado conexo. Igualmente defiende que la subcontratación del servicio lejos de ser anticompetitiva tiene efectos pro-competitivos, que es precisamente lo que los denunciados quieren evitar.

Además en relación con la predecibilidad de la calificación de la conducta como abuso, DISA manifiesta la imposibilidad de predecir que la conducta pudiera constituir un abuso contrario a la LDC, considerando que esa falta de predecibilidad elimina la calificación de los hechos como abuso contrario al art. 2 de la LDC.

No obstante DISA GAS considera que, de confirmarse por el Consejo de la CNMC que la conducta investigada debe calificarse como un abuso contrario al art. 2, se trataría de una infracción grave cuyo límite sancionador se establece en el 5% del volumen de negocios ya que DISA GAS no se encuentra presente en el mercado donde se produciría el abuso.

- Inexistencia de efectos de la conducta:

DISA GAS niega asimismo la existencia de efectos reales y/o potenciales derivados de su supuesta conducta infractora. En lo que se refiere a la rescisión de un contrato por parte de un cliente del denunciante CMMM en Tías (Lanzarote) por el incidente acaecido el 28 de agosto de 2012, DISA GAS considera que no existe relación de causalidad entre el corte de suministro de gas y la rescisión del contrato con CMMM, sino una negligencia de esta empresa en su servicio de mantenimiento, que fue constatada por DISA GAS y otra empresa de mantenimiento, lo que motivó la rescisión del contrato por el cliente afectado.

En lo referente a la supuesta existencia de conflictos entre los instaladores-mantenedores competidores, DISA GAS considera que no existe relación causa-efecto entre el hecho de que la asistencia sea prestada por un mantenedor competidor, y la rescisión de los contratos. Señala al respecto que de los 44 cambios de empresas mantenedoras registrados en 2012 sobre 1.128 instalaciones, 29 tuvieron lugar en depósitos que requieren asistencia (65,9%), pero de estos 29 depósitos que requerían de asistente sólo 13 se produjeron en instalaciones donde la empresa mantenedora del depósito y la empresa asistente en descarga eran diferentes.

En conclusión, según DISA GAS, los cambios producidos en instalaciones donde el instalador no presta el servicio de asistencia en descarga (13) son menos que

los casos de cambio de instalador cuando coincide el instalador y el asistente (16).

- Inexistencia de condiciones contractuales abusivas

DISA GAS también niega el carácter abusivo de las condiciones contractuales señaladas por el SDCC, ya que considera que los elementos afectados por las mismas (precio, coste asociado, margen, práctica en sectores similares, etc.) no han sido analizados suficientemente en la instrucción. DISA defiende que el expediente constata la voluntad de los mantenedores de suscribir el contrato y prestar el servicio en las condiciones acordadas.

En cuanto a la cláusula de responsabilidad que contienen los contratos, DISA GAS afirma ser la única responsable ante la Administración y el cliente por cualquier incidente en la descarga, así como de contratar sus propios seguros y cumplir los contratos que suscriba, pero no se considera responsable de que los asistentes no suscriban pólizas de seguro adecuadas.

- Conducta de menor importancia en aplicación del art. 5 LDC.

DISA GAS defiende la aplicación de la regla de minimis al presente expediente, ya que considera que la conducta investigada es una conducta de menor importancia, incapaz de afectar de manera significativa a la competencia, que puede ser calificada entre las previstas en el art. 5 de la LDC y en ningún caso como abuso contrario al art. 2 de la LDC. A este respecto resalta especialmente que no tiene presencia en el mercado conexo del mantenimiento de los depósitos fijos de GLP, por lo que no puede actuar en ese mercado de forma independiente. También alega que su comportamiento no ha supuesto en ningún momento trato discriminatorio ofreciendo iguales posibilidades a todas las empresas mantenedoras de depósitos para que puedan desarrollar su actividad.

2.2 Alegaciones de RED GAS CANARIAS, S.L.

Con fecha 14 de abril de 2014, tuvieron entrada en el Registro de la Viceconsejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias, escritos presentados por la representación de RED GAS CANARIAS, S.L., que efectúa las alegaciones pertinentes a la Propuesta de Resolución del SDCC.

a) Sobre la existencia de abuso explotativo

- Responsabilidad en el procedimiento de descarga

RED GAS CANARIAS alega, en contra de la opinión expresada por el SDCC en la PR, que *“se debe incluir como conducta de abuso de posición de dominio el exigir pruebas extraordinarias previas a la descarga que no se exigen en la normativa vigente”*. Según el SDCC *“a la vista de los hechos acreditados, no queda probado que DISA abuse de su posición dominante al realizar comprobaciones adicionales a las establecidas en la normativa en los procedimientos de descarga en depósitos fijos de GLP (...)”*.

Por el contrario RED GAS CANARIAS alega que, si bien DISA presenta las pruebas previas a las descargas como un acuerdo voluntario entre la compañía suministradora y el titular de la instalación, con posibilidad de renuncia por parte de este propietario si no está de acuerdo con ellas, en realidad los titulares se ven forzados a aceptar dichas pruebas de descarga ante la tesitura de ver afectado el suministro de gas a sus instalaciones, y puesto que si renuncian a ellas, deben firmar un documento en el que aceptan la responsabilidad de las descargas.

- Seguro de responsabilidad civil

RED GAS CANARIAS señala que DISA y su personal son los únicos responsables en las tareas de descarga o fallos en las instalaciones y que el régimen de responsabilidad previsto en el contrato cuando traslada la responsabilidad en caso de accidente al propietario de la instalación incurre en una práctica de abuso de posición de dominio ya que DISA es la única suministradora de GLP en Canarias y el titular de la instalación no puede arriesgarse a quedarse sin suministro.

- Precios

RED GAS CANARIAS también considera la existencia de un abuso explotativo en los precios aplicados por DISA GAS en los siguientes términos:

- DISA GAS paga 50€ por cada asistencia, independientemente de la capacidad de los depósitos y del tiempo empleado para realizar la descarga. RED GAS CANARIAS aporta emails con las descargas programadas y justificante de las descargas realizadas con el horario del comienzo (folios 5927-5930)
- Al tener DISA GAS el monopolio del suministro de GLP en Canarias no existe competencia en el precio ofertado. Por el contrario, RED GAS CANARIAS señala que en otras provincias existen diversas suministradoras de gas con precios diferentes a los de DISA. Aportan facturas de precios de DISA GAS y de precios de la suministradora Cepsa (folios 5931-5941).
- Por último RED CANARIAS GAS considera que los mantenedores están financiando la prestación de asistencia en el servicio de descargas de GLP que realiza DISA, puesto que están sufriendo retrasos en el cobro de las facturas.

b) Sobre la existencia de abuso exclusionario

A este respecto RED GAS CANARIAS insiste en sus alegaciones en que la imposición por DISA a las empresas mantenedoras del servicio de asistencia de descarga de GLP, provoca situaciones de competencia desleal y modificaciones de precios en el mercado de empresas con contratos de mantenimiento de gas. En su caso *“accedió y aceptó las condiciones abusivas y denigrantes del contrato de DISA”* ante el temor de perder a sus nuevos clientes.

Respecto a la acusación de DISA de estar beneficiándose de hacer descargas a otros mantenedores, RED GAS CANARIAS puntualiza que solo hace descargas de la empresa INJAR S.A., por petición expresa de dicha empresa.

RED GAS CANARIAS señala que *“Disa Gas presuntamente tiene empresas de servicio oficial Disa afines (PROMO GAS Y SANTIAGO CORREDERA S.L.), que son recomendadas a hoteles y restaurantes con asistencias en descargas. Estas empresas son las que más cantidad de contratos de mantenimientos tienen en la provincia de Las Palmas y en la provincia de Tenerife. Supuestamente lo que Disa Gas pretende con la imposición de los contratos en descargas, es ir desplazando a las demás empresas instaladoras del mercado del gas (...) Una empresa para hacer descargas necesita una infraestructura igual para hacer una descarga al día, que diez, este precio impuesto por Disa Gas, no le interesa a las empresas que realizan menos descargas, lo que conllevará a que éstas se desplacen del mercado de las asistencias de descargas (...)”*. Aportan emails con las descargas programadas el mismo día y con poco margen de horario (folio 5920).

3. Valoración de la Sala de Competencia

En la presente Resolución la Sala de Competencia debe pronunciarse sobre la propuesta que el SDCC le ha elevado en aplicación del artículo 50.4 de la LDC, teniendo en consideración las alegaciones y la documentación que las acompaña, presentadas por las partes.

La Sala de Competencia considera que los hechos probados que se relacionan en esta Resolución (la decisiones de DISA GAS de no realizar con medios propios el servicio de asistencia en descarga en depósitos fijos de GLP y de subcontratar dicho servicio con la empresa mantenedora de la instalación o con una tercera empresa instaladora/mantenedora) no han sido cuestionados por las partes.

Por lo tanto, lo que se cuestiona en este expediente es la calificación jurídica de las prácticas de DISA GAS. Es decir, si DISA GAS goza de una posición de dominio que le sitúe en posición de abusar y, en su caso, si las prácticas que ha llevado a cabo desde la posición que ocupa constituyen un abuso prohibido en el artículo 2 de la LDC.

La Sala de Competencia considera que no ha quedado acreditado que la conducta de la entidad imputada constituya un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 2 de la LDC. Es decir, la decisión unilateral de DISA GAS de no realizar con medios propios el servicio de asistencia en descarga en depósitos fijos de GLP en aquellas instalaciones en las que es obligatorio la participación de una segunda persona junto con el conductor de la cisterna sino subcontratarlo con la empresa mantenedora de la instalación o con una tercera empresa instaladora/mantenedora, competidora de la primera, no ha quedado acreditado como una práctica de abuso de posición de dominio prohibida.

El artículo 2 de la LDC prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*.

Por tanto, para determinar si puede imputarse a DISA GAS una infracción de abuso de posición de dominio resulta imprescindible conocer la posición de DISA GAS en los distintos mercados afectados por la presunta infracción y verificar si ostenta una posición de dominio en alguno de los mismos. A continuación debería acreditarse si DISA GAS está abusando de tal posición de dominio.

Como ha comprobado el SDCC y se recoge en el análisis de hechos, DISA GAS es la única oferente en las Islas Canarias en el mercado de suministro de GLP a granel, contando por tanto con una posición monopolística. Sin embargo DISA GAS no opera en el mercado de mantenimiento de depósitos fijos de GLP en Canarias, en el que se estarían produciendo los efectos de las conductas denunciadas. Al carecer de actividad en este mercado, en principio DISA GAS no podría extender al mismo su posición de dominio en el mercado de suministro de GLP a granel para obtener un beneficio.

Esta Sala considera que no puede considerarse acreditada la existencia de un abuso de posición dominante por parte de DISA GAS, cuando la conducta imputada a éste no se está produciendo en el mercado de suministro de GLP a granel, mercado en el que DISA ostenta su posición de dominio, sino en el mercado de mantenimiento de depósitos fijos de GLP en Canarias, conexo al anterior, pero en el que no ha quedado acreditado que DISA GAS tenga actividad o intereses, o vaya a tenerlas, que puedan reportarle un beneficio ilícito derivado de las conductas por las que ha sido denunciado.

No puede apreciarse que DISA, con su decisión de subcontratar el servicio de asistencia en descarga de GLP en los términos que han sido acreditados en el expediente, haya abusado de su posición de dominio, puesto que ha actuado recurriendo a métodos que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales sin que se haya producido una restricción de la competencia.

Además y como ya hemos señalado, al ostentar DISA la posición de dominio en el mercado de suministro de GLP a granel y no en el de mantenimiento de depósitos fijos de GLP, la subcontratación denunciada tampoco tendría ninguna incidencia en el mercado de suministro de GLP a granel, sobre el que no se produciría ningún efecto, puesto que DISA no tendría la opción de incrementar su cuota en el mercado (de la que ya es monopolista), ni expulsar a potenciales competidores.

Analizando la actuación de DISA GAS desde la perspectiva de un posible abuso explotativo o exclusionario debe concluirse que no se han acreditado los elementos necesarios para su tipificación:

- Sobre abuso explotativo

Del análisis de las actuaciones, no se puede concluir que la conducta de DISA haya supuesto un abuso explotativo, puesto que no se ha dado la circunstancia de que dicha empresa haya obtenido beneficios ni ventajas derivadas de su posición de dominio en el mercado de suministro de GLP a granel. No se aprecian además efectos negativos sobre los consumidores.

Como afirma el SDCC en su propuesta no ha queda probado que DISA abuse de su posición dominante al realizar comprobaciones adicionales a las establecidas en la normativa en los procedimientos de descarga en depósitos fijos de GLP.

En lo que respecta a los seguros de responsabilidad civil previstos en el modelo de contrato ofrecido por DISA GAS (folios 138-145) es cierto que la cláusula novena de dicho contrato obliga a los mantenedores/instaladores que presten el servicio de asistencia a concertar por su cuenta y cargo determinados seguros con entidades aseguradoras de reconocida solvencia y a comprometerse a no ejecutar acción de repetición contra DISA GAS en los casos de siniestro cuya responsabilidad le sea totalmente atribuible al mantenedor que realiza la asistencia (folio 143). No obstante, con anterioridad la cláusula cuarta del contrato (folio 140-141) expone claramente que *“La responsabilidad por los trabajos de descarga de g.l.p. a clientes de DISA GAS, S.A.U. la ostentará el transportista que realiza el servicio para aquella, de acuerdo con el contenido del contrato de transporte que tengan suscrito”*, añadiendo a continuación:

“De conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, XXXXX únicamente incurrirá en responsabilidad por cualquier hecho o suceso del que se derivara algún perjuicio de cualquier clase a DISA GAS, S.A.U., a su cliente, o a terceros, en los supuestos que desobedeciera las instrucciones que le señale el conductor del vehículo transportista, que suponga un incumplimiento del Procedimiento Operativo de Descarga de GLP en Instalaciones de Clientes”.

Por ello, del examen de los hechos consignados en el expediente no puede considerarse acreditado que DISA GAS esté traspasando la responsabilidad de la descarga en el asistente subcontratado. Como afirma la empresa en sus alegaciones a la PR (folio 5991): *“DISA es la única responsable ante la Administración y el cliente por cualquier incidente en la descarga”* y la única responsabilidad que DISA puede reclamar a los asistentes que subcontrata se da *“en caso de negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones”*.

- Sobre abuso exclusionario

Tal y como se desprende de la Propuesta de Resolución, DISA convocó a todas las empresas instaladoras/mantenedoras a un curso gratuito que les habilitaba para desempeñar la función de asistencia en descarga, condición necesaria para la formalización del contrato de arrendamiento de servicios de asistencia en descarga de GLP en depósitos fijos.

Como se recoge en la Propuesta de Resolución (pag. 11), *“(…) En estos cursos de formación, a los que asistieron 38 empresas instaladoras, de las cuales 27 son mantenedoras de depósitos fijos, es decir, un 82% del total de empresas que tenemos registradas con contrato de mantenimiento en vigor, con titulares de instalaciones de GLP en depósitos fijos, y entre ellos los propios denunciantes, (…)* se les informó de los procedimientos para la realización de los procedimientos de descarga, ofreciéndoles a todos, incluidos los

denunciantes, la opción de firmar con DISA Gas el contrato de arrendamiento de servicios de asistencia en descargas de GLP (...)”.

De acuerdo con estos hechos, al decidir y ejecutar la decisión de subcontratar el servicio de asistencia en descarga de GLP, DISA GAS, no ha actuado de manera arbitraria, subcontratando en unos casos y en otros no, sino que ofertó los mismos cursos de formación y la misma oferta contractual de asistencia en descarga a todas las empresas instaladoras/mantenedoras de las instalaciones fijas de GLP.

Por último, de acuerdo con la información incluida en el expediente tramitado ante el SDCC, no se puede apreciar la existencia de un vínculo entre las denegaciones de suministro de DISA GAS y que la asistencia en la descarga haya sido efectuada por un agente subcontratado distinto del mantenedor. De hecho, analizando el total de suministros que ha denegado DISA GAS, se comprueba que hay más denegaciones a instalaciones en las que el mantenedor es el que ha asistido la carga que cuando es un tercero subcontratado. Es decir, tampoco queda acreditado en el expediente que determinados mantenedores hayan sido perjudicados por una denegación de suministro por no firmar el contrato con DISA.

En consecuencia, esta SALA DE COMPETENCIA no comparte la Propuesta de Resolución del Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SDCC), al no apreciar prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, al no haber quedado acreditado que los hechos probados en el mismo constituyan un abuso de posición de dominio, y, en consecuencia, una infracción del citado artículo.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en este expediente sancionador SACAN/24/13 ASISTENCIA DESCARGA GLP, incoado por el Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SDCC), contra DISA GAS S.A.U., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no ha resultado acreditada la existencia de una infracción del artículo 2 de la citada Ley.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Canario de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación.