

RESOLUCIÓN EXPEDIENTE SANCIONADOR

Expediente 570/2003, GAS EXTREMADURA (Expte. Servicio 2295/2001)

Pleno

Excmos. Señores:

VICEPRESIDENTE

Don Francisco Javier Huerta Trolèz

VOCALES

Don Antonio Castañeda Boniche

Don Julio Pascual y Vicente

Don Miguel Comenge Puig

Don Antonio del Cacho Frago

Don Fernando Torremocha y García-Sáenz

Don Emilio Conde Fernández-Oliva

Don Miguel Cuerdo Mir

En Madrid, a 4 de octubre de 2004

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado **RESOLUCION** en el Expediente 570/2003 (2295/2001 del SDC) incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia en virtud de la denuncia presentada por CLIMATIZACIONES PIZARRO SAL y SEMGEX SERVICIOS Y MANTENIMIENTO DE GAS EXTREMADURA S.A., contra **DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A.**, por “supuestas conductas prohibidas en la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia consistentes en la realización de una campaña informativa en la que ofrece realizar el servicio de mantenimiento de las instalaciones comunes, trabajo que realizará como distribuidora o a través de empresas instaladoras a un precio de Ptas. 4.176 al año, durante 20 años, para la instalación comunitaria y financiando, si es necesario, la instalación individual al cliente.”

Ha sido Ponente el **EXCMO. SEÑOR DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- EXPEDIENTE DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA nº 2295/2001.

PRIMERO.- El día 7 de Marzo del 2001, **CLIMATIZACIONES PIZARRO SAL.**, en escrito que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la

Competencia el día 20 de Junio y registrado con el número 1579 (Folios 1 y siguientes) denunciaba supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, realizadas por la Entidad Mercantil Distribución y Comercialización de Gas Extremadura SA.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, el día 30 de Abril del 2002, acordaba “llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediere en su caso” partiendo de la denuncia presentada por Climatizaciones Pizarro SAL., contra la empresa DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., por supuestas conductas prohibidas en la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 52/1999 de 28 de Diciembre, “consistentes en la realización de una campaña informativa en la que ofrece realizar el servicio de mantenimiento de las instalaciones comunes, trabajo que efectuará D.C. Gas Extremadura como distribuidora o a través de empresas instaladoras a un precio de 4.176 pesetas al año, durante 20 años, para la instalación comunitaria y financiando si es necesario la instalación individual al cliente”.

En consecuencia y teniendo en cuenta lo preceptuado en el Artículo 32.1 LDC se requiere a dicha empresa para que facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan:

“1º ¿Tiene D.C Gas Extremadura empresas colaboradoras? En caso afirmativo indicar:

- Relación de las mismas, indicando, el nombre y dirección de éstas.
- Requisitos necesarios para llegar a ser empresa colaboradora de D.C. Gas Extremadura.
- Qué tipo de relación les une con las mismas.
- Aportar contrato y anexos al mismo, si existe, y en caso de no existir, especifíquese el tipo de relación, contenido y el modo en que se instrumenta.

2º Aportar copia de la publicidad enviada a los usuarios en relación con las instalaciones de gas natural, tanto comunitarias, como individuales del año 2001 y del año 2002.

3º Aportar copia de las concesiones administrativas, que D.C Gas Extremadura tiene concedidas por la Junta de Extremadura, para la distribución de gas natural en esa Comunidad Autónoma.

4° ¿Ha convocado D.C. Gas Extremadura concurso público para realizar las redes de distribución de gas y para la ejecución de las instalaciones receptoras de gas natural en esa Comunidad Autónoma?; en caso afirmativo aportar la fecha del concurso, el objeto, las bases y la relación de las empresas ofertantes y las adjudicatarias.

5° Explicar en qué consiste la financiación de la instalación individual, (precios, condiciones, etc...). ¿Existe financiación de la instalación con independencia de las empresas que realicen la instalación? ¿existen diferencias si se trata de empresa colaboradora o no?.

Asimismo, indicar el número de instalaciones financiadas, desglosándolas por empresas y a su vez, si son o no colaboradoras.

6° ¿Está autorizada D.C. Gas Extremadura para realizar, además de la canalización o distribución del gas natural, los servicios de instalación comunitaria, individual y el de mantenimiento?

7° El servicio de mantenimiento, lo realiza directamente D.C. Gas Extremadura o lo realizan otras empresas, en este último caso, indicar el nombre y la dirección de las empresas que lo realizan, la relación que mantienen con D.C. Gas Extremadura y los precios que paga a estas empresas por este servicio de mantenimiento. Asimismo, aportar contrato si existe.”

La contestación a la presente notificación deberá ser cumplimentada punto por punto y enviada en un plazo de 10 días (Folios 155 y 156).

TERCERO.- La Entidad Mercantil DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., en escrito fechado el día 22 de Mayo del 2002, que tuvo su entrada en el Servicio el siguiente día 24 y registrado con el número 1403 (Folios 157 y siguientes) “venía a contestar en legal tiempo y forma” el requerimiento “en base a las siguientes MANIFESTACIONES” numeradas del uno al nueve, solicitando “se acuerde el archivo de las actuaciones”.

Al escrito acompaña 17 documentos, que relaciona.

CUARTO.- El día 10 de Diciembre del 2002, se dicta ACUERDO de admisión a trámite de la denuncia e incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en la LDC, que quedará registrado con el número 2295/2001. Las actuaciones se entenderán con D.C. Gas Extremadura, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados.

El Servicio considera que en principio no se dan las condiciones establecidas en el Artículo 45 de la LDC para proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares solicitadas en el escrito de denuncia.

Actuará como Instructor la Jefe de Sección Doña Elena García Martín y como Secretaria de Instrucción, la Jefe de Negociado Doña Pilar Boix Cónsul.

Acuerdo (Providencia) que fue notificado a las partes interesadas, con traslado del escrito de denuncia a los imputados (Folios 386 y 387).

Estableciéndose, seguidamente (Folio 389) que “desde este momento y sin perjuicio del derecho que le asiste para presentar las pruebas que estime oportunas en fases posteriores de este procedimiento, podrá tomar vista del expediente conforme al Artículo 35a de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como aportar, si lo desea, los documentos y proponer las pruebas que siendo pertinentes y admisibles considere adecuadas para la mejor defensa de sus intereses en el plazo de 15 días”.

La Entidad Mercantil DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., (**DICOGEXSA**) en escrito fechado el día 10 de Febrero del 2003 (por error se cifra en el 2002), que tuvo su entrada el día 13 de Febrero siguiente y fue registrado con el número 345 (Folios 410 y siguientes) procede a contestar la Providencia, y SOLICITA el archivo de las actuaciones por no haber indicios de la realización de una práctica restrictiva de la competencia; y el aporte de tres documentos que relaciona y numera.

QUINTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia dictaba Providencia el día 14 de Enero del 2003 en la que acordaba “oficiar a la Dirección General de Ordenación Industrial, Energía y Minas de la Comunidad Autónoma de Extremadura solicitándole la siguiente información : 1º relación de empresas instaladoras que pueden actuar en esa Comunidad Autónoma, aportando el nombre y la dirección de las mismas y, en concreto, indique si la empresa D.C. Gas Extremadura está autorizada para realizar trabajos correspondientes a una empresa instaladora de gas ; 2º relación de empresas suministradoras de gas natural en esa Comunidad Autónoma y, en concreto, indicar si las empresas ENAGAS, Repsol y Extremadura 2000 están autorizadas a suministrar gas natural en esa Comunidad y si tienen otro tipo de autorizaciones para realizar cualquier servicio relacionado con las instalaciones de gas natural ; 3º indicar la cuota de mercado de cada una de las empresas suministradoras en esa Comunidad Autónoma y en su defecto

el número de usuarios a los que suministra cada una de esas empresas” (Folio 390).

Providencia que se oficia a la Consejería de Economía, Industria y Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Folios 392 y 393). La citada comunicación, ante la no contestación, le fue reiterada el día 25 de Abril del 2003 (Folio 443). El siguiente día 28 de Abril del 2003 se reitera, una vez más, a la Consejería el cumplimiento del oficio “en orden a facilitar la información requerida” (Folio 447).

La Consejería de Economía, Industria y Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, remite escrito al Servicio (Folios 467 y siguientes) y le informa:

“1º que la Empresa Distribución y Comercialización Gas Extremadura S.A. no se encuentra inscrita en el registro de empresas instaladoras de gas de esta Comunidad Autónoma estando autorizada para construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo (artículo 58 apartado c) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos).

El listado de las empresas instaladoras de gas autorizadas para cada provincia se remite en anexo adjunto (listado no exhaustivo).

2º que las empresas autorizadas para el suministro de gas natural en Extremadura son:

- Gas Mérida S.L., para el suministro en la localidad de Mérida
- D.C. Gas Extremadura S.A. para el suministro en diversas poblaciones de la Comunidad Autónoma.
- Gas Natural S.D.G. autorizada para diversos suministros industriales (adquirió los derechos de ENAGAS por cambio de titularidad de la actividad de distribución de gas de dicha empresas a Gas Natural S.D.G. en nuestra Comunidad Autónoma).

Los suministros de gas natural se realizan bajo autorizaciones administrativas no pudiendo concederse nuevas autorizaciones para el suministro de gas natural en aquellas zonas de distribución donde exista una autorización estando vigente la concesión hasta el 1 de enero de 2005 según lo establecido en la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (modificada por el Real Decreto-Ley 6/2000).

Las empresas Extremadura 2000 S.A., Repsol Butano S.A. y Cepsa Elf Gas S.A. cuentan con diversas autorizaciones para el suministro de propano canalizado en distintas poblaciones.

3º que los datos referidos al número de usuarios con suministro de gas natural en el año 2002 son:

Suministro de gas natural

- Gas Mérida S.L.: 688 abonados
- D.C. Gas Extremadura: 21.095 abonados
- Gas Natural S.D.G.: No disponemos de los datos (sólo realiza suministro industrial).

Suministro de propano canalizado

- Repsol Butano: 13.160 abonados”

SEXTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 37.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia OFICIA a la entidad mercantil denunciada, DICOEXSA, solicitándole la siguiente información (Folios 442 y siguientes):

- 1) “La precisión detallada de los criterios que Distribución y Comercialización de Gas Extremadura, S.A. aplica tanto en el establecimiento del primer contacto como en la posterior selección de las empresas con las que suscribe, bien un contrato para la comercialización y la construcción de las instalaciones receptoras en edificio habitado, bien un contrato de servicios en las instalaciones receptoras suministradas por Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A., o ambos de forma concurrente. Se hará referencia a cualquier tipo de consideración que, contenida o no en los contratos aludidos, haya orientado a la sociedad en la adopción de este tipo de decisiones.
- 2) La enumeración de todas las empresas de instalación y de sus respectivos domicilios sociales con las que Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A. haya firmado al menos uno de los tipos de contrato mencionados en 1) durante los años 2001, 2002 y los meses transcurridos de 2003. Se especificará las cantidades facturadas anualmente por cada uno de los dos tipos de contrato y en qué lugares por cada una de estas empresas a Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A.

- 3) La descripción exhaustiva del sistema de retribuciones que Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A. utiliza en su relación contractual con las empresas instaladoras elegidas por ella. Se presentará el sistema de evaluación por puntos de las tareas realizadas y el correspondiente coeficiente de conversión de puntos en unidades monetarias aplicados respectivamente durante los años 2001, 2002 y los meses transcurridos de 2003.
- 4) Los ingresos concretos que Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A. haya obtenido por el pago de particulares de la realización de instalaciones receptoras tanto individuales como colectivas por parte de las empresas instaladoras colaboradoras, así como los correspondientes costes y/o gastos en que se ha incurrido por dicha actividad, durante los años 2001, 2002 y los meses transcurridos de 2003.
- 5) Información acerca de si Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A. circunscribe su actividad al suministro de gas y al ofrecimiento de la subcontratación de las instalaciones o si también ofrece y, en su caso, realiza actividades de revisión de instalaciones individuales por cuenta de terceros, bien de forma directa, bien a través de terceras empresas. De nuevo se tomará como años de referencia 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y los meses transcurridos de 2003.”

SÉPTIMO.- DICOEXSA en escrito que tuvo su entrada en el Servicio el día 23 de Mayo del 2003 y fuera registrado con el número 1172 (Folios 449 y siguientes) procede a contestar el requerimiento que se le hiciera en orden a la información solicitada, aportando documentos varios, que relaciona al efecto.

OCTAVO.- El Servicio de Defensa de la Competencia el día 30 de Octubre del 2003, de conformidad con el Artículo 37.3 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y a la vista de las actuaciones practicadas, procede a formular el PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS (Folios 474 al 518).

NOVENO.- DICOEXSA en escrito fechado el día 19 de Noviembre del 2003, que tuvo su entrada en el Servicio el día 27 de Noviembre y fuera registrado con el número 2843, en tiempo hábil procede a contestar el Pliego de Concreción de Hechos y, al efecto, realiza una serie de alegaciones y concluye SOLICITANDO: a) el archivo de las actuaciones; b) la práctica de prueba consistente en que se libre Oficio a la Consejería de Economía de la Junta de Extremadura para que emita certificación sobre los siguientes extremos (Folios 537 y siguientes):

- 1) “si consta en los archivos de la misma algún escrito de D.C. Gas Extremadura, S.A. en el cual notifique a la Administración su intención de proceder a la suspensión del suministro de gas natural a algún cliente por impago de las cuotas derivadas de la ejecución de la instalación receptora individual o solicite autorización para ello.
- 2) relación de empresas que tienen concedida autorización administrativa para desarrollar la actividad de distribución y/o comercialización de gas natural de uso doméstico en los municipios de la Luz, Malpartida de Cáceres y Moraleja, estos últimos de la Provincia de Cáceres y desde qué fecha.
- 3) fecha en la cual fueron concedidas a D.C. Gas Extremadura, S.A. las autorizaciones administrativas para desarrollar la actividad de distribución de gas natural para uso industrial en los municipios de Villagonzalo, Guareña, Valdeterres, Mengabril, Puebla de la Calzada, Fuente del Maestro, Los Santos de Maimona, Halconera y Burguillo del Cerro, de la Provincia de Badajoz.”

solicitando la admisión de la prueba propuesta y la práctica de la misma.

DÉCIMO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, el día 9 de Diciembre del 2003, emite INFOME PROPUESTA (Folios 641 y siguientes) en el que tras el relato de ANTECEDENTES, ACTUACIONES DEL SERVICIO (información reservada, incoación del expediente, alegaciones a la Providencia, solicitud de información y contestación por DICOEXSA, solicitud de información a la Consejería de la Comunidad Autónoma de Extremadura y contestación de ésta) procede a concretar el PLIEGO DE HECHOS y tras la VALORACION JURIDICA y sus EFECTOS SOBRE EL MERCADO (dando respuesta a todas y cada una de las alegaciones hechas por la parte) entra a CALIFICARLOS del siguiente tenor literal:

1º el Servicio de Defensa de la Competencia considera que “la imposición de una condición abusiva en el mercado conexo de ejecución de instalaciones, individuales y colectivas, y de realización de funciones de control y mantenimiento de las mismas a aquellos clientes que contraten con DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., la realización de uno o de los dos tipos de instalaciones junto al suministro de gas natural CONSTITUYE un abuso de posición de dominio y es una conducta contraria al Artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia”.

2º el Servicio de Defensa de la Competencia considera que “DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., comparte con sus

empresas instaladoras asociadas un conjunto de informaciones que son de importancia fundamental en el desarrollo de cualquier actividad llevada a cabo en el mercado de ejecución de instalaciones y de realización de funciones de control y de mantenimiento. La ocultación de estos datos al resto de unidades instaladoras independientes constituye un abuso de posición de dominio y es una conducta contraria al Artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia”.

3º el Servicio de Defensa de la Competencia considera responsable a DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A.

Por consecuencia de todo ello, establece una Propuesta de Sanción, aportando una relación de ingresos, desglosados por conceptos y registrados a lo largo de los años 2001, 2002 y 2003. Finalizando su informe con la siguiente **PROPUESTA:**

“PRIMERO.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:

- a) Se declare que la imposición de la condición abusiva, consistente en supeditar la continuidad del suministro de gas natural a que no se produzcan impagos de los clientes por conceptos que no están considerados como causa de interrupción del servicio en el Reglamento del Servicio Público de Gases Combustibles, en el mercado conexo de ejecución de instalaciones individuales y colectivas y de realización de funciones de control y de mantenimiento de las mismas a aquellos clientes que contraten con DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS EXTREMADURA, S.A., la realización de uno o de los dos tipos de instalaciones junto al suministro de gas natural constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 de la LDC.

- b) Se declare que DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS EXTREMADURA, S.A., comparte con sus empresas instaladoras asociadas un conjunto de informaciones que son de importancia fundamental en el desarrollo de cualquier actividad llevada a cabo en el mercado de ejecución de instalaciones y de realización de funciones de control y de mantenimiento y que la ocultación de estos datos al resto de unidades instaladoras independientes constituye un abuso de posición de dominio y es una conducta contraria al artículo 6 de la LDC.

- c) Se intime a DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS EXTREMADURA, S.A., para que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes.
- d) Se ordene a la imputada a que dé una muy elevada difusión al texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.
- e) Se imponga una multa a DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS EXTREMADURA, S.A., acorde con los criterios establecidos en el artículo 10 de la LDC.

SEGUNDO.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el Artículo 46 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.”

II.- EXPEDIENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA nº 570/2003.

PRIMERO.- El día 18 de Diciembre del 2003, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dicta Providencia de admisión a trámite, en la que ACUERDA: a) tramitarlo con el número 570/2003 y nombrar Ponente al Vocal Don Luis Martínez Arévalo; y b) poner el expediente de manifiesto a los interesados por plazo de quince días, para que puedan proponer las pruebas que estimen necesarias y solicitar la celebración de vista, todo ello de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 39 y 40.1 de la Ley 16/1989 de 17de Julio, de Defensa de la Competencia.

Son interesados: Climatizaciones Pizarro SAL; Sengex, Servicios y Mantenimiento de Gas Extremadura SA.; y Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A. (Folios 1 y siguientes).

La citada Providencia fue notificada a los interesados y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- La Entidad Mercantil DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., en escrito fechado el día 15 de Enero del 2004 y dirigido al Sr. Secretario de este Tribunal, registrado de entrada con el número 63 (Folio 11) “manifiesta que en estos momentos se encuentra en tramitación el otorgamiento de poderes de representación....., entre otros, a favor de los Letrados del Despacho Garrigues, Don Marcos Araujo y Don Juan Andrés García Alonso.”

Y ello, sin perjuicio de serles permitido tomar vista del Expediente.

El siguiente día 16 de Enero, el Letrado Don Juan Andrés García Alonso comparece en la Secretaría del Tribunal y toma vista del Expediente (Folio 12).

TERCERO.- El día 23 de Enero del 2004, DICOEXSA (Distribución y Comercialización de Gas Extremadura SA.), dirige escrito al Tribunal que es registrado de entrada el día 26 de Enero, con el número 135, en el que tras manifestar que “considerando que la documentación obrante en el mismo describe suficientemente los hechos que son objeto de debate, por lo que no solicita la práctica de prueba adicional alguna en este momento”.

“Y que por el contrario esta representación sí tiene interés en solicitar la celebración de vista oral” (Folios 13 y 14).

Posteriormente y en concreto en escrito fechado el día 4 de Marzo del 2004, que tuvo su entrada el siguiente día 5 y registrado con el número 460 (Folios 22 y siguientes) la misma Entidad Mercantil Anónima, con amparo en la norma del Artículo 79 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que permite la presentación de alegaciones en cualquier momento del procedimiento) desarrolla unas alegaciones y aporta tres Anexos al mismo.

CUARTO.- El Pleno del Tribunal, en Providencia fechada el día 22 de Marzo del 2004, notifica a los interesados y comunica al Servicio de Defensa de la Competencia el cambio de Ponente, al haber cesado el Excmo. Señor Don Luis Martínez Arévalo como Vocal, en virtud del Real Decreto 382/2004 de 5 de Marzo (BOE 6 de Marzo).

QUINTO.- El Pleno del Tribunal, el día 26 de Abril del 2004, dicta AUTO en el que da respuesta al escrito presentado por DICOEXSA, en cuyo PRIMER FUNDAMENTO DE DERECHO establece que “partiendo de los anteriores asertos (referenciados en los ANTECEDENTES DE HECHO) y dado que la parte denunciada entiende *no procede en este momento, solicitar práctica probatoria alguna* y, lo que es más relevante, *al ventilarse cuestiones jurídicas estrictamente.....y ser necesaria una profusa enumeración y valoración de la normativa de aplicación a esta actividad* objeto de encausamiento, el TRIBUNAL entiende, acogiendo la propia vía argumental lógica de la parte, no ser procedente acordar el señalamiento de VISTA ORAL, facilitando así la concreción y explicitación de su defensa”.

En el Segundo Fundamento Jurídico se acuerda conceder a las partes el plazo común de DIEZ DIAS para que accedan al Expediente y se informen de su contenido, así como de la totalidad de medios probatorios aportados, con el carácter de previo paso al de formalizar escrito de conclusiones (Folios 49 y siguientes).

Resolución que se comunica al Servicio de Defensa de la Competencia y se notifica a los interesados (Folio 52).

SEXTO.- DICOEXSA, el día 20 de Mayo del 2004, eleva escrito al TRIBUNAL, que tuvo su entrada el siguiente día 21 y registrado con el número 965 (Folios 76 y siguientes) en el que tras una serie de alegaciones termina SUPPLICANDO que “teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por formuladas las conclusiones que en el mismo se contienen y en su virtud proceda a dictar Resolución por la que se declare respecto de mi representada no estar acreditada la realización de práctica alguna contraria a la Ley 16/89 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia”.

SÉPTIMO.- El día 2 de Junio del 2004 se dicta Providencia para conclusiones por término de quince días (Folios 86 y siguientes) que fue notificada a las partes interesadas y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

El día 22 de junio del 2004, DICOEXSA (Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A.), dirige escrito al Tribunal que es registrado de entrada el mismo día, con el número 1184, en el que se remite íntegramente a las conclusiones ya formuladas en su escrito anterior.

OCTAVO.- En el Pleno de fecha 22 de Septiembre del 2004 se deliberó y falló el presente Expediente.

NOVENO.- Son interesados:

- Climatizaciones Pizarro S.A.L.
- SEMGEX, Servicios y Mantenimientos de Gas Extremadura S.A.
- Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A. (DICOEXSA).

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA (**DICOEXSA**) es una empresa suministradora de gas natural que realiza su actividad en la Comunidad Autónoma de Extremadura y

cuyo objeto social es “la adquisición, producción, distribución y venta de gas natural por canalización a usuarios domésticos, comerciales e industriales, aprovechamiento de subproductos y actividades conexas con las anteriores”.

Los suministros de gas natural se realizan bajo autorizaciones administrativas no pudiendo concederse nuevas autorizaciones en aquellas zonas de distribución donde exista una previa autorización, estando vigente la concesión hasta el día 1 de Enero del 2005 según lo establecido en la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 34/1998 de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos (modificada por Real Decreto Ley 6/2000).

En todo caso, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, también operan como suministradores de **gas natural**:

- GAS MERIDA SL., para el suministro en la localidad de Mérida.
- GAS NATURAL SDG autorizada para diversos suministros industriales (al adquirir los derechos de ENAGAS por cambio de titularidad de la actividad de distribución de gas de dicha empresa).

Los datos referidos al número de usuarios con suministro de gas natural en el año 2002 son: GAS MERIDA S.L., 688 abonados; DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., 21.095 abonados; y GAS NATURAL SDG., no dispone de datos, al realizar sólo suministros industriales.

SEGUNDO.- DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**) no se encuentra inscrita en el Registro de Empresas Instaladoras de gas natural de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Estando (sólo) autorizada para construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo (ex Artículo 58c de la Ley 34/1998 de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos).

Las empresas dedicadas a la actividad de ejecución de instalaciones conforman un mercado atomizado y fácilmente accesible a través de una autorización administrativa previa y en el que coexisten muchas pequeñas empresas que ofrecen servicios estandarizados y tecnológicamente no avanzados, por lo que el grado de competencia entre ellas es muy elevado.

TERCERO.- Las empresas Extremadura 2000 SA., Repsol Butano SA., y Cepsa ELF Gas SA., cuentan con diversas autorizaciones para el suministro de propano canalizado en distintas poblaciones.-

Repsol Butano SA., suministró a 13.160 abonados gas propano.

CUARTO.- Los ingresos obtenidos y los costes en que ha incurrido DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**) son:

1.- INGRESOS

1.1 Instalaciones receptoras individuales

Concepto	Año 2001	Año 2002	Año 2003
<i>Instalaciones</i>	1.635.594,9	1.177.168	362.175,79
<i>Ingresos por financiación</i>	69.981	48.312,8	16.537,03
IVA	261.681	188.344	57.947,9
TOTAL	1.967.256,9	1.413.824,8	436.660,72

1.2 Instalaciones receptoras comunitarias: **DICOGEXSA** (Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A.), no ha realizado ninguna instalación receptora comunitaria por encargo de terceros, sino que las instalaciones receptoras comunitarias construidas por ella son de su propiedad, extremo éste cuya explicación ya consta en el apartado b) del punto octavo de su escrito de alegaciones de 23 de Mayo del 2002.

2.- COSTES Y GASTOS

2.1 Instalaciones receptoras individuales

Concepto	Año 2001	Año 2002	Año 2003
<i>Importe facturado por instalaciones</i>	1.466.430,13	904.191	289.382,95
<i>Gastos por financiación y costes de gestión</i>	69.981	48.312,8	16.537,03
Costes de estructura (6%)	98.135,69	70.630,1	21.730,55
Impagados fallidos	6.394,82	26.210,9	12.331,65
TOTAL	1.640.941,64	1.049.345	339.982,18

2.2 Instalaciones receptoras comunitarias: Obviamente, no existen gastos, ni costes.

QUINTO.- DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**) estructura su oferta global de suministro a nuevos clientes del siguiente tenor: una primera y principal va dirigida al suministro de gas natural a aquellas viviendas o grupos de viviendas, cuyos propietarios estén potencialmente interesados en contratar este servicio; y una complementaria que comprende la ejecución de las instalaciones receptoras (individuales y colectivas).

Y al efecto “se compromete a construir, directamente o a través de una empresa instaladora autorizada” cualesquiera de las instalaciones propuestas, formalizando contratos de instalación directamente con los clientes (cláusula tercera) estableciendo la forma de pago, en su doble modalidad que expresamente establece: a) Ptas. 64.467 (IVA incluido) mediante pago único en el momento de contratación del suministro o en un plazo máximo de treinta días, desde el fin de la ejecución de la instalación receptora, tomando como fecha de referencia la de emisión del certificado correspondiente, en el caso de no solicitar el suministro en el expresado periodo, siempre que la instalación esté terminada y certificada por la empresa instaladora autorizada correspondiente; y b) pago en veinticuatro mensualidades de Ptas. 2.887 (IVA incluido) siempre y cuando el cliente formalice la póliza de suministro de gas dentro de los treinta días siguientes al fin de la ejecución de la instalación receptora.

En orden a la lectura de contadores, revisión y suministro, el cliente autoriza a DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., “la entrada en su vivienda” (cláusula cuarta) y “la autorización a interrumpir el uso y suministro de gas en caso de impago de los conceptos a que se refiere este documento, así como a la resolución del vínculo contractual, sin concretar las causas que llevan a la unilateralidad del mismo”.

La propiedad de la total instalación viene atribuida a DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., conforme a lo dispuesto en la cláusula primera, “comprometiéndose los suministrados a hacer un buen uso de las instalaciones” a las que “sólo accederán transcurridos veinte años desde su puesta en gas, si así lo comunicaren por escrito”. En todo caso, conforme a lo dispuesto en la cláusula cuarta “los usuarios-clientes que contraten el suministro de gas, abonarán durante el periodo indicado un canon anual en concepto de mantenimiento de la instalación, revisable anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumo. Canon que se efectuará junto con la factura siguiente a la puesta en gas de la instalación receptora individual”.

DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., y las empresas instaladoras con las que subcontrata la ejecución de las instalaciones receptoras individuales y comunitarias (que desarrolla independientemente de la relación con los clientes finales los suministrados) a las que obliga al cumplimiento de un triple requisito: a) disposición de infraestructura humana y técnica; b) gestión comercial de las instalaciones con sujeción a unos parámetros fijados unilateralmente por la distribuidora, con un compromiso de confidencialidad durante un plazo de tiempo marcado de antemano; y c) retribución conforme a baremos (evaluación por puntos).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PROEMIO.-

La explotación abusiva de una posición dominante viene prohibida, tanto a nivel comunitario (ex Artículo 82 del Tratado), como a nivel nacional español (ex Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia).

Partiendo de tal preliminar aserto, ambos preceptos normativos, si bien es cierto que prohíben **prima facie** la explotación abusiva o, lo que es lo mismo, el abuso de tal posición dominante en el mercado (prohibición incondicional y de efectos per se, sin necesidad de una decisión previa, por lo que goza del carácter de **aplicabilidad directa**) no es menos cierto que “no se prohíbe la posición de dominio **in se**”, así como tampoco “la creación de una posición dominante, bien lo sea vía concentración o por cualquiera otra”. Por lo que a sensu contrario, difiere sustantivamente a como lo hiciera la doctrina norteamericana antitrust (Sherman Act, Sección 2 en que se prohíbe la monopolización, así como la mera tentativa de monopolización).

De ahí que podamos concluir diciendo que “la prohibición ex Artículo 6.1 LDC es **general** para todos los operadores económicos, privados y públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio en el mercado que haya sido otorgada por la Administración” ; que en todo caso es **irrevocable** frente a la posibilidad que, en ambos Ordenamientos, conceden para la aplicación de exenciones a las conductas abusivas, dado que “no caben exenciones plurales, de carácter legal o reglamentario, por categorías, ni tampoco autorizaciones singulares, contrariamente a como sí se pueden otorgar a ciertas conductas colusorias, en determinadas condiciones”.

Así, ambos preceptos normativos prohíben: la existencia de una posición de dominio; el comportamiento abusivo; y la afectación de ello en el mercado.

Soslayando el intento de definir cuál sea el concepto de una posición de dominio (al venir desarrollada por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial) debemos adentrarnos en lo que concierne al abuso in se, así como de las responsabilidades subsiguientes de la empresa dominante en el mercado por mor de sus conductas, por ser ésta “una doctrina jurisprudencial, constante, reiterada y uniforme, pudiendo citarse (a modo de ejemplos, pero sin ánimo de agotar el repertorio) las siguientes: **Sentencia Michelin 1981** (a la empresa que ostenta una posición dominante le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas especiales condiciones no distorsionadas de competencia en el mercado), **Sentencia Irish Sugar 1999** (a la empresa en posición dominante le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común); la Comisión en su **Decisión Copa del Mundo de Football 1998** (que esta responsabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias que reflejen una situación de debilidad competitiva en el concreto caso, lo que exige examinar el grado de dominación de las partes y cualquier peculiaridad específica del mercado que pueda afectar a la situación concreta de la competencia en el mismo).

Este TRIBUNAL ha desarrollado tal doctrina en sus varias y múltiples Resoluciones, citando la **AIRTEL/TELEFONICA** de 26 de Febrero de 1999, **POLVORINES** de 26 de Enero del 2000, **GAS SABADELL** de 14 de Febrero del 2000, **RETEVISION/TELEFONICA** de 8 de Marzo del 2000, etc., en las que establece “la necesidad que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia”; por lo que “tal posición dominante no puede privar a la empresa que la ostenta del derecho a preservar sus propios intereses comerciales cuando éstos son atacados y que es preciso concederle, **en una medida dentro de lo razonable**, la facultad de realizar los actos apropiados con miras a protegerlos, sin que tales comportamientos puedan reforzar la posición de dominio y abusar de ella”.

SEGUNDO.- MERCADOS CONEXOS.

El mercado relevante, mercado en causa o mercado pertinente, contemplado desde la doble perspectiva del producto y del espacio, debe valorarse desde el punto de vista de la demanda y de la oferta o, siguiendo la terminología comunitaria (Comunicación 9 Diciembre 1997) “las empresas se

ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en materia de competencia: sustitutibilidad de la demanda, sustitutibilidad de la oferta y la competencia potencial, que inciden diferenciadamente en el mercado”.

El abuso de posición dominante no siempre queda circunscrito al ámbito propio del mercado en que la empresa desarrolla su actividad, sino que puede darse que “la empresa partiendo de esa posición dominante en su mercado pretenda aprovecharse o se aproveche de ella para producir efectos en otro mercado relacionado”. Esta doctrina de los mercados conexos ha ido configurándose a partir de la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo “determinando en qué circunstancias deviene abusiva la conducta de una empresa dominante en un mercado, cuando su actuación produce efectos en un mercado conexo”.

Este TRIBUNAL ha tenido la oportunidad de pronunciarse recientemente sobre ello, pudiendo citarse (a modo de ejemplo) las siguientes: **Resolución TUBOGAS/REPSOL de 7 de Marzo del 2002** en que se declara que “partiendo de la posición dominante que tiene en el mercado de la distribución de gases licuados de petróleo, realiza conductas prohibidas por el Artículo 6 LDC, consistentes en la explotación abusiva de la información que posee en beneficio de sus Servicios Oficiales que revisan las instalaciones, que prestan este servicio en régimen de franquicia”. “Esta información, de la que es depositaria la empresa Repsol-Butano S.A., por disposición legal, resulta de importancia estratégica para las empresas que ofrecen los servicios de revisión, ya que no sólo proporciona el censo de usuarios, sino que permite ofrecer el servicio a cada cliente precisamente en el momento en que lo necesita; información que sólo está disponible para las empresas franquiciadas”.

Resolución MAC LANE/TABACALERA de 24 de Abril del 2002 en la que se declara “la comisión por parte de Tabacalera SA., de una conducta abusiva de posición dominante prohibida por el Artículo 6 LDC, consistente en haber negado injustificadamente el suministro de sus labores de tabaco a....para su posterior distribución mayorista, actividad para la que esta última había obtenido la licencia administrativa correspondiente”. “Resultó acreditado que Tabacalera S.A., ostentaba una posición de dominio en los dos mercados conexos de fabricación y distribución mayorista de labores de tabaco en el territorio peninsular y balear...., por lo que la negativa a suministrar a....sus propias marcas para que ésta posteriormente distribuyera al por mayor las mismas, estaba impidiendo la entrada de nuevos operadores en este mercado....y un aprovechamiento de su posición de dominio en el mercado de fabricación con el fin de impermeabilizar la posición dominante de la que también disponía en el mercado de la distribución”.

Conducta que este TRIBUNAL consideró como muy grave “porque implicaba una obstrucción efectiva al proceso de liberalización del mercado de distribución mayorista de labores de tabaco querido por el Legislador, hasta el punto de haber logrado impedir que todavía no exista competencia en este mercado.”

TERCERO.- CONDUCTA SANCIONABLE y SANCIÓN

Sentado lo anterior, el precedente relato de HECHOS PROBADOS que, en modo alguno ha sido desvirtuado por la Entidad Mercantil denunciada, a lo largo de su intervención tanto en el expediente incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia, como en el propio de este TRIBUNAL **“conforman una conducta constante, reiterada y permanente en el tiempo”** que debe ser sancionada e imputable formalmente a DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**) incardinable en el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia : 1º por cuanto, partiendo de su condición, cualidad y titularidad exclusiva de una concesión administrativa para el suministro de gas natural en la Comunidad Autónoma de Extremadura “ha venido imponiendo condiciones abusivas en el mercado conexas de ejecución de instalaciones, tanto individuales como colectivas, así como funciones de control y mantenimiento de las mismas” a todos aquellos clientes con los que contrata, lo que CONSTITUYE un abuso de posición de dominio; y 2º por cuanto comparte con sus empresas instaladoras asociadas “un conjunto de informaciones de importancia sustantiva y necesaria en el desarrollo de cualquier actividad a implantar y desarrollar en el mercado de ejecución de instalaciones; y de realización de funciones de control y mantenimiento de las mismas; ocultando datos al resto de cualesquiera otras unidades instaladoras independientes” con notorio abuso de posición de dominio.

Los anteriores hechos tipificados como sancionables ex Artículo 6 LDC lo son por abuso de posición dominante que desarrollada en un doble campo de actividad: abuso contra sus propios consumidores (los suministrados de gas natural), a la par que contra sus competidores en el campo de las instalaciones. Doble campo pero inherente a una sola conducta a sancionar y perseguir. Por cuanto

- a) partiendo de su real y efectiva posición de dominio en el suministro de gas natural, por concesión administrativa de la que disfruta hasta el día 1 de Enero del 2005, que le ha posibilitado un mercado de 21.095 abonados, desde el año inicial del 2001, siguiendo a lo largo de los años 2002 y 2003, y que en la actualidad continúa (no obstante la incoación de expediente sancionador) penetra en el mercado de la instalación, para el que no goza de la correspondiente autorización

administrativa (ex Artículo 58c Ley 34/1998 de 7 de Octubre) lo que no sólo evidencia una infracción administrativa, que sería objeto de sanción en expediente ad hoc, sino lo que es más importante en el estricto campo de la competencia “actividad necesaria y sustantiva para posibilitar el abuso de tal posición dominante” lo que produce un salto muy cualitativo en el quehacer empresarial.

- b) de ahí que la incursión en el campo de las instalaciones devenga como propia actividad principal subsiguiente y necesaria a la propia del suministro de gas natural, lo que por sí mismo es sancionable, pero que indefectiblemente afecta a todo el mercado de la instalación que se ha probado como altamente atomizado, no muy especializado (dado que posibilita su acceso al de una mera autorización administrativa, burocrática) y altamente manipulable desde la perspectiva de un imperio empresarial. Y ello en claro perjuicio de tal mercado.
- c) no es menos relevante, la posibilidad que se irroga desde tal posición de dominio, para acceder a las viviendas de los usuarios (clientes suministrados), mantener en su propiedad las instalaciones y, lo que no es menor, el derecho a cortar el suministro por impago de cuotas derivadas de la ejecución de la instalación, que se incardinaría, también, en una tipificación penal.
- d) lo que, finalmente, implica la sumisión incondicional a un contrato de adhesión por parte de los usuarios y consumidores de gas natural en la Comunidad Autónoma de Extremadura, sin posibilidad alguna de modificar el vínculo contractual, impuesto desde una clara abusiva posición de dominio.
- e) y, en otro orden de cosas, reservándose información privilegiada frente a terceros potenciales instaladores, colusoria de intereses legítimos y defendibles, con la exclusiva finalidad de guardar, mantener y conservar tal posición relevante en este mercado económico y geográfico.

CONCLUYENDO, una vez sentados los diversos caminos operativos seguidos por la Entidad Mercantil denunciada, constitutivos de una única conducta sancionable e incardinable en la norma del Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, deviene de aplicación lo dispuesto en el Artículo 10 de dicha Ley que autoriza al TRIBUNAL la imposición de sanciones económicas (multas) a aquella empresa o agente económico que las hubiere realizado, como consecuencia y efecto de una “notoria y efectiva estrategia empresarial”.

Sanción económica que se concreta y cuantifica en EUROS 450.000

Por todo ello, el **TRIBUNAL**

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la Entidad Mercantil denunciada DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**) ha incurrido en una práctica de las prohibidas por el Artículo 1.1a de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia “al imponer condiciones abusivas en el mercado conexo de ejecución de instalaciones (individuales y/o colectivas), así como funciones de control y mantenimiento de las mismas”; así como “al compartir con sus empresas instaladoras asociadas un conjunto de informaciones de importancia sustantiva y necesaria en el desarrollo de cualesquiera actividades a llevar a cabo en el mercado de ejecución de las instalaciones y de realización de funciones de control y mantenimiento, a la par que ocultando datos al resto de potenciales terceros que conforman el resto de unidades instaladores independientes” ambas conductas con notorio abuso de su posición de dominio.

SEGUNDO.- Imponer a la Entidad Mercantil denunciada DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., (**DICOGEXSA**) una multa de EUROS 450.000.

TERCERO.- Intimar a la Entidad Mercantil denunciada DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA SA., (**DICOGEXSA**) para que se abstenga en lo sucesivo de realizar las prácticas prohibidas declaradas.

CUARTO.- Ordenar a la Entidad Mercantil denunciada DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**) la publicación, a su costa y en el plazo subsiguiente de dos meses a contar desde la notificación de esta nuestra RESOLUCION, de la parte DISPOSITIVA de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los Diarios de información general de mayor circulación en el ámbito nacional.

En el caso de incumplir lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa coercitiva de EUROS 600 por cada día de retraso en el cumplimiento de lo acordado.

QUINTO.- En todo caso, la Entidad mercantil denunciada DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE GAS EXTREMADURA S.A., (**DICOGEXSA**)

justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado en los anteriores apartados.

Comuníquese esta RESOLUCION al Servicio de Defensa de la Competencia, con notificación expresa a la parte denunciada e interesados, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe Recurso alguno en esta vía administrativa, pudiendo sí interponer Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de su notificación.

Firman la RESOLUCION los Excelentísimos Señores Vocales expresados al margen.

DILIGENCIA: Para dar cumplimiento a la Providencia de rectificación de error material con fecha 18 de noviembre de 2004 que corrige el error material de esta Resolución principal de 4 de octubre de 2004 consistente en que, en el apartado Primero del Resuelve debe decirse: “Declarar que la Entidad Mercantil denunciada DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS EXTREMADURA S.A. (DICOEXSA) ha incurrido en una práctica de las prohibidas por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia...”

Madrid, 18 de noviembre de 2004

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL