

RESOLUCIÓN (Expte. 458/99, Gas Sabadell)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 14 de febrero del 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 458/99 (1665/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio), iniciado a causa de la denuncia de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Sabadell (Cámara) contra la empresa Gas Natural SDG, SA. (Gas Natural) por supuestas conductas abusivas de posición de dominio, consistentes en exigir a ciertos clientes un pago a cuenta y en subir los precios de modo presuntamente abusivo.

ANTECEDENTES

1. El 29 de julio de 1997 se presenta la denuncia mencionada, en la que se ponen en conocimiento del Servicio los siguientes hechos:
 - a) Gas Natural exige de sus clientes con tarifa industrial un depósito equivalente a la facturación de quince días de consumo, amparándose en el art. 78 del Reglamento General del Servicio Público de los Combustibles (Reglamento de Combustibles: Decreto 2913/73 de 26 de octubre).
 - b) En el año 1996, al amparo de la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de enero de 1996, Gas Natural ha subido los precios de sus suministros abusivamente. En el escrito de denuncia se solicita la derogación del citado artículo 78 del mencionado Reglamento y cualesquiera otras disposiciones

que amparen el cobro anticipado y que se estudie un nuevo sistema tarifario más beneficioso para los usuarios industriales.

2. El 14 de octubre de 1997 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, tras llevarse a cabo una información reservada en el Servicio, dicta Providencia, que comunica a los interesados, en la que acuerda la admisión a trámite de la denuncia en lo referente a la presunta exigencia a los clientes industriales de un pago a cuenta equivalente a 15 días de facturación, así como la incoación de expediente sancionador contra Gas Natural por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
3. El 6 de noviembre de 1997 la empresa denunciada presenta escrito de alegaciones que, en lo referente a la conducta sobre la que se ha incoado expediente, contiene las que seguidamente se resumen:
 - a) Gas Natural, de acuerdo con el art. 78 del Reglamento de Combustibles, ofrece a sus clientes industriales las modalidades de facturación y pago siguientes: 1) Facturación quincenal, con pago a 7 días fecha factura, sin garantías ni importes a cuenta. 2) Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y pago a cuenta del importe a facturar en el mes, equivalente a 15 días de consumo. 3) Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y aval de importe equivalente a 45 días de consumo. Gas Natural señala que la modalidad denunciada es sólo una de las tres que la empresa ofrece a sus clientes industriales.
 - b) Gas Natural notifica a la autoridad competente, que en este caso es la Dirección General de Energía de la Generalidad de Cataluña, el modelo de contrato que ofrece a sus clientes industriales y que, en el caso de los actuales y sus modalidades de facturación y pago, responden a indicaciones precisas de dicha Dirección General según se acredita en información obrante en el expediente.
 - c) Las garantías contenidas en algunas de las alternativas de facturación y pago ofrecidas se justifican por el hecho de que en el propio contrato se pacta un sistema de facturación mensual con pago de la factura a los 15 días de su emisión, es decir, a 45 días de haberse iniciado el suministro y a 15 días de finalizar el período de facturación.
4. El 6 de octubre de 1998 el Instructor dicta Providencia formulando el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) en el que considera acreditados los siguientes:
 - 1.- *Gas Natural, hasta el 22 de Mayo de 1.994, exigía a sus clientes con*

tarifa industrial un pago a cuenta equivalente a 15 días de facturación, de acuerdo al contenido del artículo 78 del vigente Reglamento del Servicio Público de Gases Combustibles que establece: “Las empresas suministradoras podrán convenir libremente con sus usuarios comerciales e industriales de gran consumo el régimen de periodicidad de lectura de consumo efectuado y su cobranza, las cantidades que puedan percibir a cuenta del importe a facturar, así como cuantas otras condiciones deban aplicar en casos especiales”.

2.- Según la Cámara, ésta intentó negociar con Gas Natural para que aplicase un sistema de facturación similar al del resto de los proveedores de suministro energético, es decir, factura de contador a final de mes, factura y pago posterior, sin pago anticipado, pero Gas Natural no quiso negociar directamente con la Cámara y las mediaciones se hicieron a través de la Direcció General d'Energia del Departament d'Industria i Energia de la Generalitat de Catalunya.

3.- Como resultado de las negociaciones, Gas Natural ofrece, en la actualidad, tres posibilidades de facturación a sus clientes con tarifa industrial:

- Factura quincenal, con pago a 7 días fecha factura, sin garantías ni importes a cuenta.*
- Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura, habiendo realizado un pago equivalente a 15 días de consumo, a cuenta del importe a facturar en el mes. El importe a cuenta se regulariza con la factura de cada mes, en función del consumo real del cliente.*
- Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura, con la constitución de un aval de importe equivalente a 45 días de consumo. El aval se renueva en los vencimientos del contrato en función de la media del consumo real del cliente durante el último año.*

4.- La Cámara afirma que no participó en las negociaciones y que no dio su conformidad a las mismas. No acepta ninguna de las tres opciones ofrecidas por Gas Natural porque no se ajustan a las condiciones de pago habituales del tráfico mercantil.

5.- Con fecha 16 de Junio de 1.998 se solicitó información a GAS FIGUERES, GAS EUSKADI, GAS DE ASTURIAS Y ENAGAS sobre las modalidades de facturación, fechas de pago, importes a cuenta o garantías de cobro de sus facturas que aplican a sus clientes con tarifa industrial. La

información obtenida fue la siguiente:

- GAS EUSKADI:

- La facturación se realiza de forma mensual o semestral*
- La fecha de pago se realiza el 15 de cada mes*
- Se solicita la constitución de un aval bancario por un importe de 15 días de suministro contratado, no existiendo fórmula de prepago.*

- GAS DE ASTURIAS:

- La facturación se realiza de forma mensual*
- La fecha de pago se realiza el 15 de cada mes*
- El cliente tiene dos alternativas: depósito en metálico o aval bancario por una cantidad equivalente al importe de un mes del consumo máximo contratado.*

- ENAGAS:

- La facturación se realiza de forma mensual*
- La fecha de pago se realiza el 15 de cada mes*
- Se solicita la constitución de un aval bancario por el importe equivalente a 15 días de consumo contratado.*

- GAS FIGUERES:

- No tiene clientes con tarifa industrial.*

La valoración jurídica del Instructor, contenida en el PCH es la siguiente:

- a) La denunciada tiene una posición dominante para el suministro de gas natural en la provincia de Barcelona, ya que las empresas que utilizan gas en sus procesos productivos sólo pueden contratar el servicio con dicha empresa, por no existir ninguna otra compañía suministradora.
- b) La denunciada podría haber abusado de dicha posición de dominio al exigir a sus clientes con tarifa industrial unas condiciones de pago no habituales en el mercado y haber incumplido la obligación de negociación impuesta por el artículo 78 del Reglamento de Combustibles. Dicha conducta podría ser constitutiva de infracción del artículo 6.2.a) LDC.
- c) La aplicación del artículo 7 LDC sería pertinente si el Tribunal llegara a

la conclusión de que la denunciada no goza de posición de dominio. La explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que pueden encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, podría constituir un acto desleal de los contenidos en el artículo 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que afectaría a las condiciones de funcionamiento de mercado. Por tanto, en el caso de que las conductas recogidas como hechos acreditados no constituyeran infracción del artículo 6, podría ser de aplicación lo previsto en el artículo 7 LDC.

d) En consecuencia, los hechos acreditados podrían determinar la existencia de conductas prohibidas por los artículos 6 ó 7 LDC, consistentes en exigir, por parte de la denunciada a sus clientes con tarifa industrial, unas condiciones de pago no habituales en el mercado sin haber procedido a la negociación prevista reglamentariamente.

5. El 30 de octubre de 1998 tiene entrada en el Servicio un escrito de Gas Natural en el que presenta sus alegaciones al PCH en los términos que a continuación se resumen:

a) Las condiciones ofrecidas por Gas Natural a los consumidores industriales en el mercado geográfico de referencia son similares a las de otros suministradores de gas natural, con la particularidad de que en este caso se ofrecen tres posibilidades de las que elegir una, lo que no hace ninguna otra empresa, por lo que no pueden calificarse de perjudicialmente desiguales o inhabituales.

b) Cualquier otra modalidad generalizada de facturación y pago en el mercado de referencia sería claramente perjudicial para la competencia porque otorgaría a las empresas del mercado geográfico de referencia una clara ventaja competitiva con respecto a las empresas del mismo sector situadas en otros territorios.

c) Las cláusulas alternativas de facturación y pago que Gas Natural ofrece a sus clientes industriales en la zona de referencia han sido establecidas atendiendo a las indicaciones de la Dirección General de Energía de la Generalidad de Cataluña.

6. El 8 de abril de 1999 el Servicio dicta Informe-Propuesta previsto en el que mantiene los cargos del PCH y contesta a las alegaciones de la denunciada de 30 de octubre de 1998 en los siguientes términos:

Según el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles aprobado por Decreto 2913/73, las empresas suministradoras podrán convenir libremente con sus usuarios comerciales e industriales de gran consumo el régimen de periodicidad de lectura y las condiciones de pago del suministro efectuado, de una forma consensuada entre las partes pero no imponerlas unilateralmente.

Gas Natural manifiesta que ofrece a sus clientes industriales un abanico de posibilidades que no es ofrecido por otras empresas suministradoras, porque concede la posibilidad de contratar el suministro sin necesidad de pactar cláusulas de garantía de pago y, con la eliminación de las condiciones de garantía de pago, los clientes industriales de Gas Natural obtendrían una clara ventaja competitiva respecto de otras que reciben el suministro de cualquier otra Comunidad Autónoma.

Ante esta alegación cabe manifestar que el SDC en ningún momento ha pretendido que Gas Natural elimine las condiciones de garantía de pago, sino que dichas condiciones han de ser proporcionadas y ajustarse a las practicadas en el mercado de suministro de gas por otros operadores, máxime cuando dichas condiciones se establecen por una empresa que ostenta una posición claramente dominante en el mercado de referencia.

Lo que la Cámara pretende es negociar un sistema de facturación similar al del resto de los proveedores de suministro energético, que en ningún caso exigen el pago anticipado. Gas Euskadi solicita la constitución de un aval bancario por el importe equivalente a 15 días de consumo contratado y Gas Asturias por una cantidad equivalente al importe de un mes de consumo contratado, mientras que GAS NATURAL en el mercado afectado, lo solicita por el equivalente a 45 días de consumo, lo que supone un mayor coste para sus clientes industriales.

ENAGAS, que es la filial de GAS NATURAL manifiesta que las garantías que habitualmente se pactan con los clientes industriales son la constitución de un aval por el importe equivalente a 15 días de consumo contratado, y a grandes consumidores como las empresas del sector de la cerámica no les aplica ningún tipo de garantías de cobro.

La calificación jurídica que se hace en el Informe-Propuesta es la siguiente:

De todo lo actuado, a juicio de esta Instructora y salvo lo que en su momento determine el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deduce que se ha acreditado que Gas Natural, desde una posición de dominio, ha exigido a sus clientes con tarifa industrial unas condiciones de pago no

habituales en el mercado y ha incumplido la obligación de negociación impuesta por el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles.

Dado que los electores de la Cámara no tienen otro posible suministrador, el hecho de exigir unas condiciones de pago no habituales en el mercado constituye un abuso de posición de dominio por parte de Gas Natural, conducta prohibida por el artículo 6.2 de la LDC.

Subsidiariamente, si por el Tribunal no se apreciara que Gas Natural ostenta posición de dominio, el exigir a sus clientes con tarifa industrial unas condiciones de pago no habituales en el mercado podría constituir un acto desleal de los contenidos en el artículo 16.2 de la Ley 3/1.991 de Competencia desleal, que afectaría a las condiciones de funcionamiento del mercado.

El Informe finalmente propone que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que la actuación acreditada de Gas Natural de exigir a sus clientes con tarifa industrial unas condiciones de pago no habituales en el mercado constituye un acto restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 6 de la LDC o, subsidiariamente, uno al que resulta de aplicación el artículo 7 de la LDC.

7. El 29 de abril de 1999 el Pleno del Tribunal, una vez recibido el Informe-Propuesta del Servicio así como el expediente tramitado en el mismo, acuerda Providencia de admisión a trámite, prueba y vista, en la que se nombra Ponente y se ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 40.1 LDC.
8. Comparecen en el trámite de prueba y vista la entidad denunciante y la empresa denunciada, y el 2 de julio de 1999 el Pleno del Tribunal acuerda un Auto en el que resuelve en materia de pruebas y de su valoración, acordando que la última intervención de los interesados sea mediante la formulación de conclusiones. Practicada la prueba en el Tribunal y valorada la misma por los interesados, éstos formulan sus respectivas conclusiones en plazo hábil. El Pleno del Tribunal delibera y falla en su reunión del día 25 de enero del año 2000.
9. Son interesados:
 - Cámara de Comercio e Industria de Sabadell.
 - Gas Natural SDG, SA.

HECHOS PROBADOS

1. Gas Natural SDG, SA, hasta el 22 de junio de 1994, ofrecía a sus clientes industriales de Cataluña, como condición general de facturación-pago, la que consta de los siguientes elementos: a) Anticipo a cuenta por parte del usuario de un importe equivalente a 1a facturación prevista por 15 días de suministro. b) Facturación mensual a mes vencido por el suministro efectuado en el período. c) Pago de la factura a los 15 días de ser emitida.
2. La Cámara de Comercio e Industria de Sabadell mostró su disconformidad con esta condición y solicitó repetidas veces la intervención de la Dirección General de Energía de la Generalidad de Cataluña para que pusiese remedio al perjuicio que, en su opinión, tal condición irrogaba a sus electores.
3. Las condiciones de facturación y pago que alternativamente ofrecía Gas Natural SDG, SA, con carácter general, a los consumidores industriales de Cataluña a la fecha de la denuncia fueron establecidas, con el carácter de oferta alternativa, por la Dirección General de Energía de la Generalidad de Cataluña el 22 de junio de 1994, haciendo constar en su escrito de comunicación a la Cámara que actúa en respuesta a las diversas peticiones que por ésta le han sido dirigidas. (La correspondencia principal entre la Cámara y la Generalidad sobre esta materia que obra en el expediente se encuentra en las páginas 127, 129, 133-134, 136-138, 145-146, 147 y 150-151). Dichas tres condiciones alternativas ofrecidas desde el 26 de junio de 1994 son las siguientes: a) Facturación quincenal, con pago a 7 días fecha factura, sin garantías ni adelantos a cuenta. b) Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y adelanto a cuenta por el importe de 15 días de consumo. c) Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y un aval por el importe de 45 días de consumo.
4. La Cámara de Comercio e Industria de Sabadell ha mostrado reiteradamente su disconformidad con dichas condiciones generales alternativamente ofrecidas que ella no había negociado.
5. El 16 de Junio de 1998 el Servicio solicitó información a diversas empresas suministradoras de gas natural sobre sus respectivas modalidades de facturación-pago aplicadas a clientes con tarifa industrial. La información obtenida es la siguiente:
 - Gas Euskadi: facturación mensual o semestral; fecha de pago, el día 15 de cada mes; aval bancario por importe de 15 días de suministro; no hay fórmula de prepago.

- Gas de Asturias: facturación mensual; fecha de pago, el día 15 de cada mes; depósito en metálico o aval bancario, alternativamente, por el importe de un mes de consumo contratado.

- Enagas: facturación mensual; fecha de pago, el día 15 de cada mes; aval bancario por importe de 15 días de consumo contratado.

- Gas Figueres: no tiene clientes con tarifa industrial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión principal que se suscita en el presente expediente es si Gas Natural SDG, SA, ha incurrido en una conducta abusiva de posición de dominio en el mercado catalán de suministro de gas natural al haber ofrecido a sus clientes industriales como condiciones de facturación-pago las siguientes:

a) Antes del 22 de junio de 1994: Facturación mensual del suministro del mes, con pago de la factura a los 15 días de ser emitida y con un anticipo a cuenta por el importe de 15 días de suministro estimado.

b) Después del 22 de junio de 1994, alternativamente se ofrece: b.1) Facturación quincenal, con pago a 7 días fecha factura, sin garantías ni adelantos a cuenta. b.2) Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y adelanto a cuenta por el importe de 15 días de consumo. b.3) Facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y un aval por el importe de 45 días de consumo.

2. Para poder dilucidar tal cuestión hay un asunto que debe ser previamente esclarecido: ¿Tiene la empresa denunciada una posición de dominio en el mercado relevante? A su examen se dedican las siguientes consideraciones. El mercado relevante ha sido definido por el Servicio acertadamente como el de *suministro de gas natural a clientes con tarifa industrial en el territorio suministrado por Gas Natural, que incluye los doce municipios de la provincia de Barcelona que cuentan con electores de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Sabadell*. Es decir, el mercado de producto es el de suministro de gas natural a clientes con tarifa industrial, y el mercado geográfico es el delimitado por el ámbito de servicio de Gas Natural en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

En este mercado relevante, de producto y geográfico, la empresa denunciada ostenta una clara posición de dominio ya que, como señala el Servicio, *las*

empresas que utilizan gas en sus procesos productivos sólo pueden contratar el servicio con dicha empresa, por no existir ninguna otra compañía suministradora. Gas Natural es titular del monopolio legal, en la zona de referencia, del suministro de un producto imprescindible, insustituible a corto plazo, cual es el gas natural. En estas circunstancias es evidente que la *independencia de comportamiento*, en este caso respecto de los usuarios, que es consustancial con la posición de dominio en el mercado, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia Europeo y doctrina consolidada de este Tribunal, se da en grado sumo.

3. La empresa denunciada tiene una posición de dominio en el mercado, pero ¿ha habido abuso de esa posición dominante en el comportamiento probado de Gas Natural? Ciertamente la legislación española de la competencia nada dice sobre qué sea abuso, ni tampoco la europea. En supuestos análogos al que aquí se analiza, sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo viene manteniendo que hay abuso cuando se impone una condición que no es objetivamente necesaria.
4. Comencemos el análisis por la condición ofrecida con anterioridad al 22 de junio de 1994: facturación mensual del suministro del mes, con pago de la factura a los 15 días de ser emitida y con un anticipo a cuenta por el importe de 15 días de suministro estimado.

Cuando se factura mensualmente y se cobra a los 15 días de emitida la factura, como es en este caso, la empresa suministradora está financiando durante 45 días a su costa el servicio proporcionado durante un mes. Si se trata de suministros de cierta envergadura, como necesariamente ha de suceder con los que están sujetos a tarifa industrial, esta modalidad de operar acarreará necesariamente unos costes financieros para el suministrador, muy elevados en épocas de altos tipos de interés como eran las de referencia. A estos costes hay que añadir el coste de la morosidad asociada a ventas sin entregas a cuenta o alguna clase de afianzamiento.

Es indudable que, si estos costes no puede evitarlos el suministrador o no puede repercutirlos sobre quienes los ocasionan, necesariamente acabarán repercutiendo injustamente sobre todos los demás usuarios. De manera que alguna forma de anticipo o afianzamiento puede resultar justificada. En este caso, si pensáramos que facturar mensualmente es razonable, un anticipo quincenal equivalente al plazo que media entre la emisión de la factura y su pago no puede considerarse abusivo. Es cierto que un aval resolvería igual el problema de morosidad potencial con un menor coste para el usuario, pero también lo es que los costes de financiación extra para el suministrador no se compensan de este modo y pueden llegar a ser muy altos en épocas de tipos

de interés elevados.

Seguramente porque comprendían esta realidad, los autores del Reglamento de Combustibles establecieron en el art. 78 del mismo que las empresas suministradoras *podrán* convenir libremente con sus usuarios comerciales e industriales de gran consumo los regímenes de periodicidad de facturación y cobro, así como los anticipos a cuenta y otras condiciones. El citado Reglamento no obligaba a negociar esas condiciones, simplemente permitía que tuvieran lugar las negociaciones entre el suministrador y el gran consumidor industrial o comercial. Aún con el limitado valor que más adelante se atribuye a la circunstancia de la habitualidad en el caso que nos ocupa, recordemos que en la misma época empresas independientes de Gas Natural ofrecían a los industriales de otras regiones condiciones parecidas, quizá algo mejores para el usuario al poder elegir el aval frente al depósito, pero en todo caso no manifiestamente diferentes. No cabe en este contexto considerar que la condición ofrecida antes de junio de 1994 era abusiva, ni por exagerada ni por discriminatoria.

La habitualidad en el mercado, de la que no se aleja exageradamente en esta etapa la denunciada como se ha visto, no puede ser utilizada en un contexto como éste, por cierto, como patrón de referencia determinante para juzgar sobre el abuso de las conductas, como hace el Instructor. No hay que olvidar que los mercados geográficos de suministro de gas en España son monopolios legales, lo que no estimula precisamente a sus titulares a trabajar como lo harían en condiciones de competencia, porque la infranqueable barrera de entrada que el monopolio legal establece impide que nuevos empresarios aparezcan en el sector poniendo en peligro las rentas obtenidas por el monopolista. Así, cualquiera o todas las empresas suministradoras independientes, titulares cada una de un monopolio territorial absoluto, podrían haber practicado conductas abusivas, que no lo serían menos por ser habituales. En el caso presente no puede decirse que lo fueran, pero podrían haberlo sido en otro supuesto, lo que no exoneraría de abuso a quien, imitándolas, también las practicara. De manera que lo que importa es si las conductas son realmente abusivas, no si se practican con habitualidad.

5. Examinemos ahora las condiciones ofrecidas por Gas Natural a partir del 22 de junio de 1994. Desde esta fecha Gas Natural ofrece a cada cliente con tarifa industrial, para que elija una de entre ellas, tres modalidades de facturación y pago definidas en los términos indicados por la Dirección General de Energía de la Generalidad. De estas tres modalidades, dos implican facturación mensual a mes vencido con pago de la factura a los 15 días de su emisión, de las cuales una con prepago por importe del consumo estimado de 15 días y, la otra, sin prepago, pero con aval por importe de 45

días de consumo estimado. La principal novedad que presenta la terna es, sin embargo, que aparece entre las tres modalidades ofrecidas una que no implica pago adelantado o afianzamiento alguno. Esta modalidad consiste en ofrecer un período de facturación quincenal con pago a los siete días de emisión de la factura. La empresa suministradora resuelve en parte su problema financiero acortando el periodo de suministro sin cobro y, a cambio, no exige prepago o aval alguno. Esta fórmula es muy razonable y equitativa. Como se ofrece completa libertad a los consumidores con tarifa industrial para elegir entre las tres modalidades ofrecidas, el hecho de que entre las tres haya una impecable hace inocuas a las otras dos. Puede concluirse, pues, que en las modalidades de facturación-pago ofrecidas por Gas Natural a los consumidores catalanes con tarifa industrial a partir de 22 de junio de 1994 tampoco se aprecia abuso alguno. Respecto a la consideración sobre la *inhabitualidad* que hace el Instructor en el capítulo de calificación jurídica del Informe, nos remitimos a lo dicho al respecto anteriormente.

6. También en el capítulo relativo a la calificación jurídica, el Instructor señala que la denunciada *ha incumplido la obligación de negociación impuesta por el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles*. A este respecto hay que decir lo siguiente: 1) El citado Reglamento no impone la obligación de negociar, únicamente le permite al suministrador que pueda hacerlo (*podrá*, dice el art. 78). 2) No hay prueba alguna en el expediente -ni siquiera ha sido denunciado- de que Gas Natural se haya negado a negociar individualmente con algún cliente de tarifa industrial en la Comunidad Autónoma de Cataluña. 3) De lo que hay evidencia es de que ninguna modalidad de facturación-pago ha sido negociada entre Gas Natural y la Cámara, pero es que tal negociación *colectiva* no está prevista ni consecuentemente amparada por el Reglamento de Combustibles. Por otra parte, aunque no sea marco adecuado para una consideración completa al respecto la Resolución que ahora nos ocupa, quizá convenga aprovechar la oportunidad para recordar aquí las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia en materia de autorizaciones singulares para determinado tipo de negociaciones colectivas no amparadas expresamente por las leyes.
7. Aunque no vaya a afectar al contenido de lo que aquí haya de resolverse, desea este Tribunal, siquiera sea a título de *obiter dictum*, no dejar sin respuesta una alegación que la denunciada hace en su escrito de conclusiones. Tras exponer ampliamente y, a juicio del Tribunal, con acierto, un conjunto de consideraciones de naturaleza económica justificativas de por qué la carga de la financiación debe recaer principalmente en quien suscita su necesidad, subsidiariamente invoca la denunciante en su descargo el principio de confianza legítima basándose en que *fue la Administración, en concreto la*

Generalidad de Cataluña, la que estableció e impuso esta fórmula (las tres modalidades de facturación-pago ofrecidas a partir de junio de 1994). A este respecto cabe señalar que la Generalidad no impuso la obligatoriedad de sujetarse de modo insoslayable a esas condiciones, ni del contexto de su actuación puede deducirse bajo ningún concepto que prohibiera a Gas Natural mejorarlas por su cuenta. Por tanto, la empresa gozó de libertad para ofrecer unas condiciones a sus clientes industriales mejores que las indicadas por la autoridad administrativa, por lo que esta indicación no le exculparía si las condiciones realmente ofrecidas hubiesen resultado abusivas. En consecuencia, no resulta apropiada en este caso la invocación del principio de confianza legítima.

8. Finalmente, dice el Servicio que, de no apreciarse abuso de posición de dominio, cabría la imputación del art. 7 LDC por abuso de posición de dependencia económica con afectación al interés público (art. 16.2 de la Ley 3/1.991 de Competencia Desleal). A estas alturas del razonamiento parece innecesario insistir con otros argumentos en que la conducta de Gas Natural no se ha acreditado como abusiva, ni de su posición de dominio, que la tiene, ni tampoco de la posición de dependencia en que, respecto de ella, sus clientes se encuentran.
9. Este Tribunal considera de interés, en su ineludible tarea de emitir mensajes claros para los operadores del mercado, aprovechar el marco de esta Resolución, en la que no han resultado acreditadas las denunciadas conductas abusivas de un monopolista, para recomendar a las empresas con posición de dominio en los diferentes mercados, particularmente a las que ostentan monopolios legales, que extremen su celo en evitar conductas que sean o puedan parecer abusivas. Es verdad que la legislación española y la europea no prohíben las posiciones de dominio en el mercado, sino únicamente la explotación abusiva de las mismas. El principio que anida en esta concepción es que, sin barreras de entrada, la renta del monopolio es efímera y las economías de escala se transfieren pronto a los precios. En consecuencia, el abuso no es inherente al monopolio. Pero, en los monopolios legales, estas circunstancias no tiene por qué darse ya que las barreras de entrada son, por definición, infranqueables. Esto es lo que hace que en los mismos se asigne al regulador el papel de evitar la aparición de rentas monopolistas. Pero, como el regulador no es omnisciente, las Autoridades de competencia prestan en todo el mundo gran atención al comportamiento de los monopolios legales, que deben esmerarse en actuar de modo equitativo y transparente.

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

HA RESUELTO

Declarar que en el presente expediente no ha resultado acreditada la infracción del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia imputada por el Servicio a Gas Natural SDG, SA, ni tampoco la que subsidiariamente le imputa como contraria al art. 7 de la misma Ley, en su Informe-Propuesta de 8 de abril de 1999.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, que podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL PRESIDENTE, SR. PETITBÒ JUAN, A LA RESOLUCIÓN DE 14.02.00 RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 458/99, GAS SABADELL

Lamento discrepar de la opinión mayoritaria del Tribunal en relación con la interpretación de la conducta de Gas Natural SDG, S. A. (Gas Natural) con anterioridad al día 22.6.1994 consistente en el incumplimiento de la obligación de negociación prevista en el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, así como con algunos argumentos utilizados en la Resolución.

El Servicio de Defensa de la Competencia manifiesta en su calificación que Gas Natural “ha exigido a sus clientes con tarifa industrial unas condiciones de pago no habituales en el mercado y ha incumplido la obligación de negociación impuesta por el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles” (folio 386). Y añade la Instructora que “Dado que los electores de la Cámara no tienen otro posible suministrador, el hecho de exigir unas condiciones de pago no habituales en el mercado constituye un abuso de posición de dominio...”. Ciertamente en este párrafo, como en la propuesta final, no se menciona expresamente el citado incumplimiento, pero, en mi opinión, debe entenderse que la referencia a la exigencia de condiciones de pago no habituales incluye, también, la correspondiente a la imposibilidad de negociación, de acuerdo con lo manifestado por la Instructora en el subapartado “Modalidad y alcance de la restricción” (folio 387), incluido en el apartado IX “Propuesta de multa”, que dice: “Gas Natural ha abusado de su posición de dominio al exigir a sus clientes con tarifa industrial unas condiciones de pago no habituales en el mercado y al haber incumplido la obligación de negociación impuesta por el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles”.

Sostiene la mayoría que el citado Reglamento “no obligaba a negociar estas condiciones, simplemente permitía que tuvieran lugar las negociaciones entre el suministrador y el gran consumidor industrial o comercial”. En mi opinión, dicha interpretación no puede sostenerse a la vista de la documentación que obra en el expediente. En efecto, el análisis del texto de los contratos revela que la posibilidad de elección no existió antes de la fecha citada. Precisamente, en los contratos figuraba una cláusula prerredactada por Gas Natural que formaba parte del bloque de condiciones que debía aceptar el cliente en el momento de suscribir el contrato. Dicha cláusula, incluida en las “Condiciones particulares”, rezaba como sigue: “Previamente al inicio del suministro, el Usuario abonará un pago anticipado correspondiente a 15 días de consumo, según la cantidad diaria contratada, de acuerdo con la tarifa vigente. Dicho pago anticipado se actualizará en cada momento de la vida del contrato, según las tarifas oficialmente aprobadas, incluyéndose en la primera facturación que corresponda” (folio 36 del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia). Cabe pensar, en consecuencia, que la libertad contractual no era la pretensión de Gas Natural.

Este hecho dio lugar a discusiones relacionadas con la posibilidad de negociar las condiciones del contrato. Tales discusiones tuvieron su origen en el año 1992 (folios 50 y ss. del expediente del Servicio). En ellas participaron no solamente la Cámara de Comercio e Industria de Sabadell, sino también los clientes industriales. En efecto, en la carta remitida el día 07.02.95 por la Dirección General de Energía de la Generalitat de Catalunya a la citada Cámara (folio 150 del expediente del Servicio) se afirma, en relación con la pregunta de si se concedía autorización a Gas Natural para solicitar ingresos a cuenta equivalentes a 15 días de facturación en el caso de los clientes industriales, que “La intervenció d’aquesta Direcció General d’Energia es va produir com a conseqüència de la manca d’acord entre Gas Natural SDG, SA i abonats industrials, ...” (folio 150 citado)1.

Y, en relación con la citada pregunta y la interpretación que debe darse a la obligatoriedad o no de la negociación entre Gas Natural y sus clientes, el citado Director General afirmó que (folio 150 citado):

“L’empresa subministradora no va a procedir a sol.licitar autorització per aplicar el sistema de pagaments a compte atès que, d’acord amb el que disposa l’article 78 del Reglament General del Servei Públic de Gasos Combustibles, aprovat pel Decret 2913/1973, de 26 d’octubre2, ‘Las empresas suministradoras podrán convenir libremente con sus usuarios

1 “La intervención de esta Dirección General de Energía tuvo lugar como consecuencia de la falta de acuerdo entre Gas Natural SDG, S. A. y abonados industriales, ...”.

2 “La empresa suministradora no procedió a solicitar la autorización para aplicar el sistema de pagos a cuenta dado que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles (sic) aprobado por Decreto 2913/73, de 26 de octubre”.

comerciales e industriales de gran consumo el régimen de periodicidad de lectura de consumo efectuado y su cobranza, las cantidades que puedan percibir a cuenta del importe a facturar, así como cuantas otras condiciones deban aplicar en casos especiales.’

D’aquest redactat es despren que l’establiment del sistema de pagament, en el supòsit de subministraments de gas industrials (sic), es deixa al mutu acord d’ambdues parts, empresa i abonat”³.

Interpretación que comparto.

La misma línea argumental sigue el “Informe sobre el nuevo modelo de contrato de suministro de gas para usos industriales”, realizado por la Jefa de la Sección de Reglamentación Energética, e. f., de 22.06.95 (sin foliar en el expediente del Tribunal la traducción jurada). De dicho informe puede destacarse lo siguiente:

“1.- Se debería suprimir la terminología ‘condiciones generales’, dado que éstas no se ajustan al modelo de póliza de abono aprobado oficialmente, sino que se basan en unas cláusulas pactadas libremente, en ejecución de la posibilidad establecida en el artículo 78, segundo párrafo, del Reglamento general del servicio público de gases combustibles, aprobado por el Decreto 2913/1973, de 26 de octubre.

El hecho de que la redacción de las citadas condiciones generales sea siempre la misma en los diferentes contratos que la Compañía suministradora suscribe con sus abonados industriales continuos e interrumpibles, no convierte estas cláusulas en ‘generales’, sino que se trata de un contrato que en su totalidad es negociado por ambas partes.

.....

8.- En lo que se refiere a las tres opciones de pago, es necesario matizar en relación con la opción de constituir aval, que el hecho de que éste deba actualizarse en cada momento de vida del contrato, de tal forma que si transcurridos 10 días desde las nuevas tarifas, el cliente no adapta el aval a las mismas, la Cía. pueda suspender el suministro, supone una consecuencia desmedida. Se debería añadir que la Cía. suministradora debe comunicar al cliente la aprobación de las nuevas tarifas”.

Creo que de tales manifestaciones resulta suficientemente claro que Gas Natural se extralimitó e interpretó la cláusula referida a la posibilidad de negociar como una referencia cuya decisión final le correspondía sin considerar que uno de los ejes de la competencia es la negociación. Sin embargo, dado que el mercado del gas estaba cerrado a la competencia, la decisión final de negociar, salvo previsión contraria de

³ “De dicha redacción se desprende que el establecimiento del sistema de pago, en el supuesto de suministro de gas industriales (sic), se deja al mutuo acuerdo de ambas partes, empresa y abonado”.

la regulación, corresponde a la empresa monopolista. Por esta razón, la regulación consideraba la oportunidad de que los clientes industriales negociaran con la empresa monopolista. Lo que ésta no hizo. En mi opinión, no debe darse al artículo 78 la interpretación que le concede la mayoría del Tribunal, sino la del referido Director General quien, tras el examen de los contratos y la consideración de las alegaciones de unos y otros, deja paladinamente claro que el contrato cerrado suponía una vulneración del citado artículo 78. Por ello, obligó a Gas Natural a su modificación. Lo que Gas Natural hizo. Y deseo recordar en este punto que mi argumentación se refiere exclusivamente a cuanto ocurrió hasta el día 22 de junio de 1994.

Ciertamente, tras las negociaciones con la Dirección General de Energía de la Generalitat de Catalunya, ésta, con fecha 22.06.94, consideró necesario que se ofreciera a los clientes tres alternativas relacionadas con los sistemas de pago consistentes en (folio sin numerar):

- “- Facturación bimensual cada quince días, con pago a siete días y sin adelanto.
- Pago a quince días y adelanto a cuenta correspondiente a quince días de consumo.
- Constitución de aval correspondiente a 45 días de consumo”.

Pero, añadía el Director General, en una interpretación coherente con el aludido sentido del artículo 78 del Reglamento, que: “A fin de que estos sistemas de pago se configuren como verdaderas alternativas para el usuario, será necesario que los contratos de suministro de gas para usos industriales no incluyan las condiciones particulares como condiciones previamente fijadas por la empresa suministradora, sino que sean redactadas una vez efectuada la opción por parte del usuario y, así mismo, que se efectúe la consecuente adaptación de las condiciones generales que lo requieran”. Es decir, la negociación debe quedar abierta y Gas Natural no debe cerrarla.

Comparto con la mayoría del Tribunal que Gas Natural ostentaba una inequívoca posición de dominio en el mercado del gas. En mi opinión, el resultado de los procesos de integración (vertical y horizontal) en el abastecimiento y transporte de gas industrial ha sido un monopolio de hecho por parte de un mismo grupo empresarial que, además, ostenta una sólida posición de dominio en la distribución industrial y doméstica comercial. Esta situación, unida a la larga duración de las concesiones otorgadas, determina que el funcionamiento competitivo del mercado encuentre dificultades difíciles de superar.

Sin embargo, mi respuesta a la pregunta formulada en la Resolución ¿ha habido abuso de esta posición dominante en el comportamiento probado de Gas Natural?

difiere de la que ha dado la mayoría del Tribunal. En efecto, del análisis del contenido del expediente y, en particular, de las actuaciones de la Generalitat de Catalunya se deduce que Gas Natural impuso a sus clientes unas condiciones que impedían o, al menos, dificultaban enormemente, la posibilidad de negociar. Tales condiciones figuraban impresas en los contratos y a ellas, como norma, debía subordinarse el cliente. Dicha conducta no era consecuencia de una interpretación correcta del citado artículo 78 del Reglamento. De haber sido así, no hubiera intervenido la Generalitat de Catalunya de la forma en que lo hizo. Por el contrario, el Director General de Energía y la Jefe de la Sección de Reglamentación Energética consideraron que Gas Natural no adecuaba su conducta a lo establecido en dicho artículo. Por ello, forzaron a Gas Natural a modificar el contenido de sus contratos proponiendo una redacción alternativa.

Cuanto antecede revela que la conducta de Gas Natural no respondía a la regulación vigente y al objetivo del regulador de permitir a clientes industriales de Gas Natural que negociaran con ella en un intento de iniciar la apertura del sector a la competencia, a lo que Gas Natural se resistió, incluso incumpliendo las normas que regulan su actividad. Diferente es su actitud tras la intervención de la Generalitat. Y ahora, de acuerdo con su representante legal, “Gas Natural siempre está dispuesta a estudiar, y lo hace de manera ordinaria, las condiciones de garantías de pago y de formas de pago con sus clientes. Y naturalmente si estas características varían, a su vez Gas Natural SDC vuelve a considerar estos cambios en el mercado, como haría cualquier empresa en un mercado libre” (folio 168). Sin embargo, mi argumentación no se refiere a la situación actual, sino a la situación anterior al día 22 de junio de 1994. Y resulta evidente que lo que ahora se predica antes se procuraba evitar.

Según mi opinión, no se permitía la negociación como consecuencia de la posición de dominio que ostentaba Gas Natural. Sobre la base de dicha situación, Gas Natural podía organizar su negocio con total independencia de sus clientes e, incluso, sin seguir las directrices de la regulación. Gas Natural no corría el riesgo de una conducta más favorable a la negociación por parte de sus competidores. Y ello, simplemente, porque sus competidores no existían. El único riesgo que corría Gas Natural era la eventualidad de una denuncia. Y Gas Natural persistió en su actitud hasta que la denuncia surtió efecto. Con toda probabilidad, la conducta de Gas Natural hubiera sido distinta si el mercado hubiera estado dirigido por las referencias de la libre y leal competencia en un marco de competencia efectiva. Por esta razón, creo que debe interpretarse que la imposición de condiciones de forma unilateral, desde una posición de dominio, es abusiva. Y no sirven las referencias a las conductas de otros monopolios dado que los mismos, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, muy probablemente merecerían el mismo juicio. En este contexto, no parecen válidos los argumentos empleados en la Resolución acerca del poder exclusivo del monopolista para decidir desde su único albedrío si negocia o no. Como tampoco lo son los referidos a la posible discriminación en relación con las

empresas de otros territorios. Se trata de comparar con situaciones en las que la competencia es la norma, en lugar de establecer comparaciones con situaciones caracterizadas por la ausencia de competencia. Son más adecuados los argumentos desarrollados por la mencionada Dirección General, más defensores del libre mercado dado que abogan claramente por el derecho de los clientes industriales de Enagas a negociar las condiciones de pago de sus contratos.

En relación con el asunto relacionado con la eventual negociación entre Gas Natural y la Cámara, es cierto que no está prevista ni amparada. Pero tampoco está prohibida. Probablemente un mayor desarrollo argumental apoyado, por ejemplo, en la Ley 3/1993, de 22 de mayo, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, las Sentencias del Tribunal Constitucional o la Jurisprudencia del Tribunal Supremo hubieran contribuido a aclarar la cuestión.

En cualquier caso, la negociación colectiva ha sido valorada positivamente por este Tribunal en algunas ocasiones. Por ejemplo, para “evitar las incomodidades y los perjuicios que les ocasiona tener que aceptar, sin capacidad para negociar algo distinto, en un o lo tomas o lo dejas, las condiciones que para su propia comodidad les impone el único operador existente en un territorio determinado” (Ver Resolución Expte. 434/98, Prensa Segovia).

Tampoco puedo compartir que se utilice como argumento que no hay indicios en el expediente de que Gas Natural se haya negado a negociar individualmente con algún cliente de tarifa industrial en la Comunidad Autónoma de Cataluña. En la Providencia de admisión a trámite se declaró que en el expediente figuraban todos los elementos necesarios para resolver. En consecuencia, no se sostiene el argumento de que no constan tales elementos. Porque, si no constaban, lo que debería haberse hecho era devolver el expediente al Servicio para que éste prosiguiera su investigación. Lo que no se hizo. En cualquier caso, en mi opinión, por el contrario, las manifestaciones de la citada Dirección General al respecto son concluyentes.

Por último, quiero dejar constancia de mi discrepancia con el *obiter dictum*. Y no por su carácter general, que aporta poco a lo que ya se sabe en relación con la defensa de la competencia, sino porque considero poco oportuno que en el marco de un expediente sancionador, referido a una empresa, se diluya la reflexión específica en otra de carácter más amplio, dado que no es esta cuestión la que se juzga. Para ello, el Tribunal dispone de otros instrumentos.

No debe olvidarse que tanto la teoría como la evidencia empírica ponen de relieve que la existencia de posición de dominio (y en el límite, de monopolio) constituye la principal amenaza para el funcionamiento competitivo del mercado (Ver Green, Newbery, 1992; Newbery, 1995; Fehr, Harbord, 1997; Wolak, 1997; por ejemplo). Por ello, la referencia al monopolio sin barreras de entrada, pese a ser interesante desde el punto de vista teórico, no debe considerarse como expresión del caso más

general. Y ello porque lo más habitual es que, dados los beneficios extraordinarios que genera la posición de dominio o los comportamientos estratégicos dirigidos a sostenerla, surjan incentivos para mantener dicha posición con el fin de influir sobre los precios u otras condiciones del mercado.

Por todo cuanto antecede, considero acertada la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de considerar la conducta descrita como restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

16.02.00