

RESOLUCIÓN (Expte. 451/99. Distribuidora Industrial)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 26 de enero de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Javier Huerta, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 451/99, Distribuidora Industrial, iniciado por denuncia de TEROGAS S.L. contra Distribuidora Industrial Sociedad Anónima (DISA), por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la realización de actos de engaño, mediante la difusión de indicaciones incorrectas o falsas, susceptibles de inducir a error a las personas y abuso de posición dominante.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de enero de 1996 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia presentada por la representación de la empresa TEROGAS S.L. contra la entidad DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL, S.A. (DISA), por haber incurrido en prácticas anticompetitivas sancionadas por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.
2. Recibida la denuncia, el Servicio acordó dar traslado de la misma a los denunciados y practicar una información reservada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, como presupuesto previo a resolver sobre la incoación de expediente.

Una vez practicadas las diligencias de comprobación que se estimaron oportunas, el Servicio resolvió la admisión a trámite de la denuncia mediante Acuerdo de 12 de noviembre de 1996 y, una vez concluida la

instrucción del Expediente, dictó Pliego de Concreción de Hechos, fechado el 7 de marzo de 1997, en el que se imputó a Distribuidora Industrial S.A. un abuso de posición dominante *“en el mercado de suministro de gas embotellado, para explotar el mercado de distribución de los elementos flexibles de conexión”*, prohibido por el artículo 6 de la LCD, así como otra infracción del artículo 7 de la misma Ley, por *“denigrar a la competencia en el sector y hacer creer a los cerca del millón de usuarios de gas butano en las Islas que es la única que puede suministrar los equipos de acoplamiento para los envases de butano, es decir, tubo flexible y regulador, infringiendo, además, las normas UNE a las que debe someterse y atribuyéndose, por actos de engaño, una competencia de Certificación que no le corresponde”*.

3. Notificado el Pliego a las partes interesadas y formuladas por éstos las alegaciones que estimaron procedentes, el Servicio de Defensa de la Competencia elaboró una Propuesta de Resolución el 22 de enero de 1999, en el mismo sentido que el Pliego de concreción de hechos ya mencionado.
4. Recibido el expediente en el Tribunal de Defensa de la Competencia, fue admitido a trámite y una vez formuladas alegaciones por los interesados y propuestas por éstos las pruebas de que pretendían valerse, se dictó Auto de recibimiento a prueba del expediente, de fecha 7 de septiembre de 1999, en el que se admitieron aquéllas que se declararon pertinentes y se dispuso su práctica, acordándose al propio tiempo la apertura de plazo para que, una vez concluido el periodo probatorio, formularan las partes sus escritos de alegaciones y conclusiones.
5. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su reunión del 18 de enero de 2000.
6. Son interesados:

DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL, S.A. (DISA)
TEROGAS, S.L.

HECHOS PROBADOS

Primero.- Distribuidora Industrial, S.A.(DISA), ejerce las actividades de adquisición, envasado, almacenamiento y suministro de gas butano en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud de autorización administrativa, hallándose inscrita en el Registro de Empresas Suministradoras de Gases Licuados del Petróleo, del Ministerio de Industria y Energía, desde el 3 de

mayo de 1994. En las fechas en las que se llevaron a cabo los hechos que son objeto de este expediente, DISA era la única empresa autorizada para suministrar GLP en Canarias.

Segundo.- En su condición de única suministradora de GLP en Canarias, DISA había proporcionado a la casi totalidad de los consumidores domésticos de gas butano de las Islas los elementos de conexión de la bombona de gas con los aparatos de los usuarios, es decir, los tubos flexibles de conexión y los reductores de presión, aunque tales elementos podían ser suministrados también por una empresa instaladora o ser directamente adquiridos por el cliente, con el único requisito de que se tratase de elementos homologados.

Al mismo tiempo, aunque su condición de suministradora no le concedía con carácter exclusivo la facultad de inspeccionar periódicamente las instalaciones de los consumidores domésticos, que también podía llevarse a cabo por otras empresas autorizadas como instaladoras, DISA llevaba a cabo también esta actividad. En este sentido, al dorso de los impresos de inspección técnica, DISA incluyó una serie de indicaciones y advertencias a los usuarios, bajo el título “Recomendaciones de utilización y medidas de seguridad para el uso del gas butano-propano”, entre las que figuraba la siguiente: “Tubo flexible o manguera.- Está destinado a enlazar un elemento móvil de la instalación con una tubería o conducción rígida o botella de gas. Deberá estar homologado por Distribuidora Industrial S.A., llevando impresa la fecha de caducidad”. Estos impresos eran ya utilizados en mayo de 1995 y lo seguían siendo en septiembre de 1997.

Tercero.- El volumen de ventas de GLP realizadas por DISA durante el año 1996 fue de 74.195.880,25 kg de gas butano y de 16.876.489,9 kg de propano, mientras que la facturación relacionada con los elementos de conexión de las instalaciones domésticas fue de 21,6 millones de pesetas por la venta de reguladores, 10,4 millones por la venta de tubos flexibles y de 86,1 millones en concepto de alta de instalaciones.

FUNDAMENTACION JURIDICA

PRIMERO.- Como cuestión previa, es preciso resolver la tacha formulada en tiempo y forma por la representación de Distribuidora Industrial S.A. en relación con el testigo D. Miguel García Ruiz, propuesto por TEROGAS S.L., respecto del que se practicó prueba testifical ante este Tribunal el día 30 de septiembre de 1999. DISA afirmó, al promover este incidente, que el testigo se encontraba incurso en la causa de inhabilidad para ser testigo establecida por el artículo 1247.1º del Código Civil o, en su defecto, en el motivo de tacha previsto en el artículo 660.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el mencionado testigo tenía interés indirecto en el pleito, aportando en prueba de ello diversos

documentos que quedaron unidos al expediente. Por su parte, TEROGAS presentó escrito oponiéndose a la tacha formulada.

Ante todo debemos señalar que la tacha de un testigo no supone su inhabilidad legal o natural para declarar, ni demuestra su falta de veracidad, sino que constituye únicamente una precaución o advertencia para el juzgador respecto a la valoración de las declaraciones del testigo tachado, en cuanto que pueden estar afectadas de parcialidad. En consecuencia, la declaración del testigo tachado es válida, sin perjuicio del valor que deba serle atribuido en cada caso concreto.

En este sentido, a la vista de las alegaciones y pruebas aportadas por la parte promotora de este incidente, resulta que el testigo D. Miguel García Ruiz ha sido apoderado de la sociedad denunciante, TEROGAS S.L., precisamente en la misma época en la que ocurrieron los hechos denunciados, como resulta de la certificación del Registro Mercantil obrante al folio 239 vto. del expediente ante el Tribunal, en la que figura la inscripción de su poder llevada a cabo el 25 de mayo de 1995. Al ser la propia empresa TEROGAS S.L la parte que le propuso como testigo, resulta innegable la vinculación entre ambos, al menos en la época a que se refiere el expediente y, en consecuencia, tal circunstancia permite considerarle incluido en el supuesto del artículo 660.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto permite poner en duda la imparcialidad del testigo, citado como presidente de una asociación de ámbito nacional..

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, basta examinar las preguntas a que fue sometido el testigo de referencia, así como las respuestas ofrecidas por el mismo, para comprobar que unas y otras no se refieren a elementos o cuestiones que hayan de ser tenidas en cuenta para la resolución del expediente, por lo que, sin perjuicio de reconocer la concurrencia del motivo de tacha alegada por DISA, esta circunstancia no afecta al fallo que ha de dictarse.

SEGUNDO.- Los hechos que se declaran probados en esta Resolución aparecen acreditados en las actuaciones mediante prueba directa, sometida a la contradicción de las partes interesadas.

A) Concretamente, la advertencia realizada por DISA a los usuarios domésticos de GLP acerca de que los tubos flexibles de conexión debían estar homologados por Distribuidora Industrial S.A., resulta acreditada por las copias de las “Recomendaciones de utilización y medidas de seguridad para el uso del gas butano-propano” que figuran unidas al expediente en los folios 61 y 780 vto., que corresponden a hojas de inspecciones realizadas el día 9 de mayo de 1995 (fol. 60) y el 26 de septiembre de 1997

Por otra parte, la propia Distribuidora Industrial S.A. ha reconocido en diversas ocasiones, a través de sus representantes legales, la realidad de la citada

advertencia, como sucedió en la declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Santa Cruz de Tenerife (fol. 241) o en el escrito dirigido por la entidad a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia el 10 de abril de 1997 (fol. 777 y ss).

B) Respecto a la circunstancia de que DISA había proporcionado a la casi totalidad de los consumidores domésticos de gas butano de las Islas los elementos de conexión de la bombona de gas con los aparatos de los usuarios, se trata de una afirmación realizada por su representante legal en la prueba de confesión practicada ante este Tribunal (fol. 155 del expediente ante el TDC).

C) Finalmente, en cuanto a la extensión temporal de la conducta examinada, las pruebas que obran en el expediente nos llevan a fijar el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 1995 y el 26 de septiembre de 1997, fechas de las hojas de inspección que figuran en los folios 61 y 780, debiendo entenderse que se emplearon igualmente durante el tiempo intermedio, como resulta de la declaración prestada por el representante de DISA ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, a la que nos hemos referido más arriba.

TERCERO.- En relación con los hechos fijados en el Pliego de Concreción de Hechos y su calificación jurídica, que determinan el objeto propio de este expediente sancionador, son dos las infracciones que se imputan a la entidad Distribuidora Industrial S.A. por la práctica de conductas anticompetitivas realizadas con abuso de posición de dominio:

Un abuso de posición dominante en el mercado de suministro de gas embotellado, para explotar el mercado de distribución de los elementos flexibles de conexión, prohibido por el artículo 6 de la LCD.

La práctica de actos de engaño, por atribuirse una competencia de Certificación que no le corresponden, lo que constituye una infracción del artículo 7 de la LDC.

Ante tales imputaciones, la empresa denunciada, Distribuidora Industrial S.A., alegó ante el Servicio, básicamente, que el impreso en el que se contienen las Recomendaciones de utilización y medidas de seguridad para el uso del gas butano-propano es un modelo en desuso desde hace ya mucho tiempo, cuya redacción obedeció a la necesidad de ejercer un cierto control en la época en la que no existía normativa oficial reguladora y que esa cláusula ha perdurado por razones de inercia y rutina, aunque se utilizaba el impreso tachando las dos últimas palabras del texto, es decir, "por DISA".

En sus alegaciones ante este Tribunal, DISA afirma que un impreso aislado, cuya autenticidad no se ha verificado por ningún medio, no puede elevarse a la categoría de prueba, añadiendo que, en todo caso, ésta quedaría desvirtuada por

seis impresos de inspección, presentados por DISA al Tribunal, en los que no figura dicha recomendación, así como por varios anuncios de prensa publicados por DISA en los que se divulgó lo contrario de lo que se le atribuye.

Por su parte, la denunciante TEROGAS S.L. alega en apoyo de su denuncia, mezclando de manera un tanto confusa diversos argumentos relativos a la posición de dominio, la conducta desleal, el empleo de material defectuoso y la falta de licencia para actuar de la empresa denunciada.

CUARTO.- Examinando los hechos consignados en el Pliego de Concreción en base a los criterios anteriormente expresados, debemos comenzar su análisis por la consideración de la posición de dominio que se imputa a Distribuidora Industrial S.A., como presupuesto necesario para la posible estimación de las conductas sancionables tipificadas en el artículo 6º de la Ley de Defensa de la Competencia.

En este sentido, la posición de dominio de DISA en el mercado del suministro de gas en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Canarias, es una circunstancia expresada por el Servicio de Defensa de la Competencia tanto en el Pliego de Concreción de Hechos como en el Informe Propuesta, que no ha sido negada ni combatida por la parte interesada. Por el contrario, la propia Disa reconoce, en comunicación dirigida a KOSANGAS en octubre de 1995 (fol. 199), ser “la única empresa autorizada para suministrar GLP en Canarias”.

Por otra parte, la posición de monopolio de hecho en el mercado de suministro del gas proporciona a DISA una situación de ventaja en el mercado del suministro de los elementos de conexión, hasta el punto de que el propio representante legal de dicha empresa confesó ante este Tribunal que DISA había proporcionado a la casi totalidad de los consumidores domésticos de gas butano de las Islas los elementos de conexión de la bombona de gas con los aparatos de los usuarios (fol.155 expediente TDC).

QUINTO.- En cuanto a la primera de las conductas imputadas a Distribuidora Industrial S.A., por haberse atribuido falsamente la condición de homologadora de los tubos flexibles de conexión, que, como queda dicho, resulta debidamente acreditada en el expediente, es necesario recordar que la facultad de homologación de los equipos y elementos de conexión, fue atribuida a la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), como entidad reconocida para desarrollar tareas de normalización y certificación, mediante Orden Ministerial de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, por el que se ordenan dichas actividades. Al no haber sido delegadas a Distribuidora Industrial S.A. las actividades homologadoras, carece de habilitación para llevarlas a cabo.

Las alegaciones de DISA poniendo en duda la validez probatoria de las copias de impresos obrantes en el expediente, carecen de valor si tenemos en cuenta que, como queda dicho, la propia DISA reconoce ante el Servicio y ante un Juzgado de Instrucción la realidad de su existencia y utilización, lo que desvirtúa al mismo tiempo sus posteriores alegaciones, en las que trata de negar esa existencia en base al contenido de anuncios periodísticos de fechas muy anteriores a los hechos enjuiciados y a unos impresos que ella misma presenta.

Así las cosas, la utilización de una información, recomendación o advertencia contraria a la verdad, idónea para producir un engaño a los usuarios, induciéndoles a adquirir únicamente los tubos flexibles de conexión comercializados por DISA, en perjuicio de los demás comercializadores de estos productos, constituye un acto desleal que, realizado desde una posición de dominio, aprovechando la privilegiada situación que su condición de única empresa suministradora de GLP le proporcionaba ante la totalidad de los consumidores, debe incardinarse en el artículo 6 de la LDC.

SEXTO.- En cuanto a la otra imputación que parece contener el Pliego de Concreción de Hechos y a la que también se refiere la denunciante TEROGAS S.L., consistente en el empleo por parte de DISA de elementos de conexión no homologados, que se considera constitutiva de una infracción al artículo 7 LDC, entendemos que la misma, con ser una conducta irregular, no constituye la infracción expresada.

En efecto, aunque puede considerarse acreditado que DISA empleó en sus instalaciones tubos flexibles y reguladores con características diferentes a los homologados, incumpliendo las normas UNE 53539.90 y 60714.92, hechos por los que ya ha sido expedientada y sancionada por esas irregularidades por la Consejería de Industria y Energía del Gobierno de Canarias, no resulta acreditado en este expediente que se den en dicha conducta los elementos precisos para que pueda ser sancionada conforme al artículo 7 LDC.

Así, el citado artículo 7, que es un precepto en blanco, cuya mención genérica a los “actos de competencia desleal” ha de ser completada mediante la remisión a la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, exige, para que pueda ser aplicado, la concurrencia de los requisitos y elementos contenidos en los preceptos mediante los que esta última tipifica los distintos supuestos de deslealtad. En este sentido, el artículo 15 LCD, al describir la infracción cometida por infracción de normas, que es la que habría de ser aplicada en el supuesto enjuiciado, exige que la infracción normativa otorgue al infractor una ventaja competitiva, precisando que dicha ventaja ha de ser significativa.

En el supuesto examinado, no se acredita, ni se alega siquiera, que DISA haya obtenido una ventaja significativa frente a sus competidores por el solo hecho de

emplear elementos de conexión no homologados, no constando que de ello pudiera derivarse algún beneficio económico o comercial, por lo que debe concluirse que la conducta imputada no reúne los requisitos propios para ser sancionada conforme al artículo 7 de la LDC, sin perjuicio de las facultades de otros órganos o instituciones para adoptar las medidas necesarias para sancionar el incumplimiento y para reparar los perjuicios de otra naturaleza que, en su caso, hayan podido producirse para los usuarios.

SEPTIMO.- De la conducta abusiva a que se refiere el Fundamento Jurídico QUINTO de esta Resolución, es responsable la compañía mercantil Distribuidora Industrial S.A. (DISA), por haber distribuido entre los usuarios, al practicar las inspecciones técnicas domiciliarias, al menos entre el 9 de mayo de 1995 y el 26 de septiembre de 1997, una serie de indicaciones y advertencias, bajo el título “Recomendaciones de utilización y medidas de seguridad para el uso del gas butano-propano”, entre las que figuraba la siguiente: “Tubo flexible o manguera.- Está destinado a enlazar un elemento móvil de la instalación con una tubería o conducción rígida o botella de gas. Deberá estar homologado por Distribuidora Industrial S.A., llevando impresa la fecha de caducidad”.

OCTAVO.- En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 6º con multas de hasta 150.000.000 pesetas, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal.

En el presente caso, para graduar la sanción ha de tenerse en cuenta, como punto de partida, la gravedad de la infracción, y así ha de calificarse en todo caso como grave el abuso de posición de dominio. Sobre esta base, es preciso tener en cuenta otros factores, especialmente mencionados por el artículo 10 citado, entre los que hemos de destacar la prolongada duración de la infracción, por tiempo superior a dos años, la dimensión del mercado afectado, que, como se ha señalado anteriormente, apenas supera los 10 millones anuales de pesetas, por lo que a los tubos flexibles se refiere, y es cercano a los 100 millones anuales si atendemos al conjunto de los elementos de conexión, la cuota de mercado correspondiente a la empresa imputada, que en el presente caso alcanza a la casi totalidad del mismo y, finalmente, el perjuicio causado a los competidores, que no puede ser cuantitativamente determinado, ante su escasa presencia en el mercado afectado y la falta de datos proporcionados por los denunciantes.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la sociedad mercantil DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, al atribuirse públicamente facultades homologadoras que no le pertenecen, con abuso de su posición de dominio.

SEGUNDO.- Intimar a dicha Sociedad para que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actos que tiendan a impedir o restringir su actividad mercantil a sus competidores en el mercado de la comercialización de elementos de conexión.

TERCERO.- Imponer a DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL S.A una multa de siete millones de pesetas.

CUARTO.- Ordenar a DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL S.A la publicación en el plazo de 2 meses de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de información general de mayor circulación en la Comunidad Autónoma de Canarias.

QUINTO.- La justificación del cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.