

Id Cendoj: 28079230062003100864
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 237 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de febrero de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/237/00, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. CARLOS JOSÉ NAVARRO GUTIÉRREZ, en nombre y representación de DISTRIBUIDORA INDUSTRIALS.A. (D.I.S.A.), frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, siendo codemandado TEROGAS,S.L. contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Enero de 2.000, imponiendo sanción (que después se describirá en el primer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 22 de Febrero de 2000, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 24 de Febrero de 2000, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 7 de Junio de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de Diciembre de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. En iguales términos se pronunció el codemandado.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 26 de Enero de 2001 , se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de Febrero de 2003 , en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, recaída el 26 de Enero de 2.000, en el expediente 451/99, iniciado por denuncia de Terogas,S.L. contra Distribuidora Industrial Sociedad Anónima (DISA), por conductas supuestamente prohibidas por los *Arts. 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.

Son hechos a considerar que con fecha 17 de Enero de 1.996, 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 *Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia*.

Una vez practicadas las diligencias de comprobación que se estimaron oportunas, el SDC resolvió la admisión a trámite de la denuncia mediante Acuerdo de 12 de Noviembre de 1.996, dictando Pliego de Concreción de Hechos, el 7 de Marzo de 1.997, en el que se imputaba a la actora 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 *Art. 6 de la LCD*, así como otra infracción del *Art. 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"

Seguida la tramitación correspondiente el TDC en su Resolución hoy impugnada, considera como probado que Distribuidora Industrial,S.A., 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 1.994, siendo en las fechas en las que se llevaron a cabo los hechos objeto del expediente, la única empresa autorizada para suministrar GLP en Canarias.

Añade que, 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, 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. Del mismo modo aunque su condición de suministradora, no le concedía con carácter exclusivo la facultad de inspeccionar periódicamente las instalaciones de los consumidores, que también podía llevarse a cabo por otras empresas autorizadas como instaladoras, DISA llevaba a cabo también esta actividad. Por eso, 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". Se fija también en que 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.

A la vista de ello en la Resolución impugnada se acuerda:

" 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."

SEGUNDO.- La actora alega que el asunto relativo a que el tubo flexible debía ser homologado por DISA, tenía el carácter de mera recomendación y se hallaba dentro de unas "Recomendaciones de utilización y medidas de seguridad, para el uso del gas butano-propano" impuestas por el *Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, aprobado por Decreto 2913/73*. Señala que utilizaba los impresos que le sobraban de un stock anterior y que nunca ha condicionado la contratación del suministro, ni el propio suministro, ni los resultados de las inspecciones, ni a la homologación no oficial por ella recomendada, ni a la utilización de tubos, siendo así que ella nunca ha ejercido la actividad de instaladora de gas, sino de suministro de los G.L.P.. Niega además que sea la única empresa autorizada para suministrar G.L.P. en Canarias y dice que los reguladores de presión y los tubos flexibles los proporcionaba a los usuarios en aplicación del *Art. 32 del Reglamento de la Actividad de Distribución de gases licuados del petróleo (R.D. 1085/92)*.

TERCERO.- Normalmente, para calificar una conducta como abuso de posición de dominio del *artículo 6 LDC*, son necesarios los siguientes pasos: a) en primer lugar, es necesario definir el mercado de referencia en el que opera la empresa, tanto desde el punto de vista material (de producto) como espacial (ámbito geográfico), b) después será necesario investigar si la empresa tiene una posición de dominio en ese mercado antes definido, y c) por último, si existe posición de dominio, deberá analizarse si la conducta de que se trate es abusiva.

Interesa igualmente señalar que el concepto de posición de dominio ha sido estudiado por el TJCE en sus sentencias de 14 de febrero de 1978 y 13 de febrero de 1979 (asuntos 27/76 United Brands/Comisión y 85/76 Hoffmann-La Roche/Comisión). En la primera de ellas, decía el TJCE en el apartado 65 que la posición dominante a la que se refiere el *artículo 86 del Tratado CE* es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores. En muy parecidos términos, la segunda de las sentencias citadas, apartado 38, insiste en que la posición dominante es una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. Por tanto, dos son los elementos definidores de la posición de dominio: poder económico y comportamiento independiente.

La existencia de una posición dominante resulta, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes (apartado 66 de sentencia TJCE, asunto United Brands). Entre dichos factores, uno muy significativo es la cuota de mercado.

La normativa sobre competencia, nacional y comunitaria, no establece una presunción de posición de dominio a partir de determinada cuota de mercado, de manera que el análisis debe efectuarse caso por caso, aunque podemos utilizar como referencias las decisiones del TJCE en el ámbito de aplicación del *artículo 86 del Tratado CE*. El TJCE ha apreciado una posición de dominio a partir de cuotas de mercado iguales o superiores al 40% (sentencia TJCE, asunto United Brands) y al 50% (sentencia TJCE de 3 de julio de 1991, asunto 62/86, AKZO/Comisión).

Aún cuando la actora en su demanda niega que sea la única empresa autorizada para suministrar G.L.P. en Canarias, ella misma reconoce que ninguna otra empresa ha solicitado autorización para ejercer la misma actividad en el mismo ámbito territorial y en su momento reconoció en comunicación dirigida a KOSANGAS en octubre de 1995, ser "la única empresa autorizada para suministrar G.L.P. en Canarias". Lo cierto es que DISA es la única empresa que de hecho está verificando dichos suministros y ello le proporciona a DISA una situación de ventaja en el mercado del suministro de los elementos de conexión. El propio representante legal de dicha empresa confesó ante el T.D.C. 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. Aun cuando como dice la actora, su representante no está reconociendo la posición de dominio en la venta de tales elementos, el reconocimiento que hace equivale al de dicha posición de dominio.

CUARTO.- El T.D.C. considera como utilización de una información contraria a la verdad susceptible

de producir un engaño a los usuarios la recomendación que antes se ha recogido, sobre que los tubos flexibles o mangueras deben estar homologados por Distribuidora Industrial S.A.

Al respecto debe señalarse que la facultad de homologación de los equipos y elementos de conexión está fijada por Orden Ministerial de 26 de Febrero de 1.986, no siendo, por tanto, competencia de DISA.

Resultan cuando menos poco consistentes las alegaciones de estas relativas a que los impresos donde se recogía tal "recomendación", los tenía en stock, utilizándolos hasta su agotamiento, pero tachando la expresión "por DISA". El que tuviera que cumplir con las obligaciones que le imponía el *Art. 32 del R.D. 1085/92*, ni justificaba, ni eximía, cualquier posible responsabilidad, sobre una posibilidad que sin ninguna duda es susceptible de causar engaño, sobre quien tenía que homologar los tubos flexibles o mangueras. El que en otra publicidad aportada por la recurrente, no se haga mención a tal extremo, no excluye como dice la Resolución impugnada el reconocimiento hecho por la misma ante el SDC y un Juzgado de Instrucción.

A la vista de lo expuesto debe desestimarse el recurso interpuesto.

QUINTO.- De conformidad con el *Art. 139 de la ley* jurisdiccional, no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. CARLOS JOSÉ NAVARRO GUTIÉRREZ en nombre y representación de DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL, S.A. (DISA), contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de enero de 2000 por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.