

RESOLUCIÓN (Expt. R 661/05, INFOCAL GESA GAS)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio Del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid a 14 de marzo de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal o TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 661/05 (2505/04 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio o SDC) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación de Industriales Instaladores de Fontanería, Calefacción, Climatización, Gas, Protección contra Incendios y Afines de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (por contracción, INFOCAL) contra el Acuerdo de sobreseimiento de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2005, que tuvo su origen en su denuncia contra GESA GAS, SAU por presunta infracción de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), al realizar supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en ofertar a los usuarios de gas servicios de inspección y revisión de las instalaciones a precios inferiores a los de mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de julio de 2005 se recibió en este Tribunal escrito de recurso presentado por D. Ernesto Juanico Bosch, actuando en nombre y representación de la Asociación de Industriales Instaladores de Fontanería, Calefacción, Climatización, Gas, Protección contra Incendios y Afines de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (por contracción, INFOCAL), denunciante en el Expediente 2505/04 del SDC contra GESA GAS. En este Expediente, el SDC acordó con fecha 21 de junio de 2005 el sobreseimiento de la denuncia de INFOCAL.

2. Con fecha 11 de julio de 2005 el Tribunal envió escrito al SDC, en el que adjuntaba fotocopia del escrito de recurso del representante de INFOCAL, y se solicitaba informe de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC.
3. Con fecha 15 de julio de 2005 se recibió en el Tribunal informe del Servicio, en el que se adjuntaba el Expediente y se ponía de manifiesto que el recurso había sido interpuesto en el plazo de 10 días, de acuerdo con el artículo 47 LDC. En este informe, el SDC considera que se repiten los argumentos expuestos en la denuncia en la que INFOCAL acusaba de abuso de posición de dominio a GESA GAS. En relación con el escrito de recurso, el SDC manifiesta que, aunque INFOCAL solicita que no se tenga en cuenta el número de usuarios del certificado de revisión (solamente el 3% de los usuarios presentó el certificado de revisión el día de la inspección), GESA GAS no tiene como “finalidad la de expulsar a los instaladores del mercado, sino el cumplimiento de su obligación reglamentaria”. De la misma forma, cuando INFOCAL solicita que no se tenga en cuenta la subida de precios de la revisión por parte de GESA GAS o que no se tenga en cuenta el futuro Reglamento Técnico para la Distribución y Utilización de Combustibles Gaseosos, actualmente en tramitación, el SDC considera que el argumento de incremento de precios sirvió al sobreseimiento por precios predatorios y que el nuevo Reglamento obedece a la idea de “resolver un problema que se viene detectando”, para el que señala como ejemplo el expediente FAVI/NATURGAS.
4. Con fecha 21 de julio de 2005, mediante providencia, el Tribunal pone de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen alegaciones y presenten todos aquellos documentos que estimen pertinentes al caso.
5. Con fecha 19 de septiembre de 2005 se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de GESA GAS, SAU.
6. Con fecha 20 de septiembre de 2005 se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de la ASOCIACIÓN DE INDUSTRIALES INSTALADORES DE FONTANERÍA, CALEFACCIÓN, CLIMATIZACIÓN, GAS, PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS Y AFINES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES (INFOCAL).
7. Con fecha 1 de marzo de 2006 el Tribunal deliberó y falló el presente recurso.

8. Son interesados:

- GESA GAS, SAU
- ASOCIACIÓN DE INDUSTRIALES INSTALADORES DE FONTANERÍA, CALEFACCIÓN, CLIMATIZACIÓN, GAS, PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS Y AFINES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES (INFOCAL)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El asunto que aquí se ventila es si se ajusta a derecho el sobreseimiento del expediente abierto por Servicio de Defensa de la Competencia a partir de una denuncia de la ASOCIACIÓN DE INDUSTRIALES INSTALADORES DE FONTANERÍA, CALEFACCIÓN, CLIMATIZACIÓN, GAS, PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS Y AFINES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES (INFOCAL) contra GESA GAS, SAU. El sobreseimiento del SDC se basa, por una parte, en la inaplicabilidad del artículo 1 LDC en la conducta de GESA GAS denunciada por INFOCAL y, por otro lado, en la no existencia de infracción del artículo 6 LDC por abuso de posición de dominio, basado en la aplicación de precios predatorios a ciertos servicios.

SEGUNDO. De acuerdo con el artículo 47 LDC, el Tribunal deberá fallar sobre aquellos recursos contra los actos del Servicio que ‘decidan directa o indirectamente el fondo del asunto’. En el caso que nos ocupa el SDC, en relación con la aplicación del artículo 1 LDC dice que dado “que el contrato suscrito entre GESA GAS y ECA GEST es de agencia –ya que ECA GEST se limita a negociar en nombre y por cuenta de GESA GAS la prestación del servicio de inspección y de revisión, en su caso-, no se encuentra sometido a la legislación de competencia” [...] “En efecto, [sigue diciendo el acuerdo del SDC] ECA GEST actúa como un agente que no asume riesgo alguno en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta de GESA GAS...[...] al cobrar un fijo pactado por GESA GAS por cada revisión realizada [...] precio en el que la empresa instaladora no interviene y cuyo cobro o impago tampoco le afecta, en la medida en que el mismo es facturado directamente por GESA GAS al cliente final en la factura del gas y ahora en una factura aparte”. Con el fin de fundamentar esta tesis el SDC recurre a la definición de contrato de agencia asentado jurídicamente en la Unión Europea. El SDC dice que, según la Comisión Europea, los contratos de agencia “son aquellos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del

principal, para la compra de bienes y servicios por parte del principal o para la venta de bienes y servicios por el principal”.

TERCERO. En el escrito de recurso y posteriormente en las alegaciones finales la recurrente considera que puede haber una infracción del artículo 1 LDC y que no se puede aplicar el concepto de contrato de agencia al caso al considerar que ese contrato es “a nuestros efectos *‘res inter alios acta’*”.

CUARTO. En la página 1646, como parte de los epígrafes de Hechos Acreditados del Expediente del SDC, se dice que, en principio, el objeto de la oferta que presentó ECA GEST a GESA GAS era [...] “describir las condiciones técnicas y económicas que aplicaremos en la prestación de servicios para la ejecución de las actividades de revisión de instalaciones receptoras de gas en el ámbito de las distribuidoras de Endesa Gas” [...].

En otro momento cuando se habla del ALCANCE de la oferta se señala que “la comercialización y revisión se efectuará en las instalaciones receptoras de clientes de Endesa Gas, dentro del proceso de inspección sistemática que ya se desarrolla [...]. Inspección de las instalaciones comprobando que se adapta a la normativa... [...]. El personal que realice el proceso de revisión será el acreditado por Endesa Gas para la realización de las inspecciones y revisiones periódicas... [...]. Los precios a aplicar en relación con la revisión son los siguientes:...”. Como contestación a la oferta, “GESA GAS conviene la contratación de los servicios de comercialización y realización de revisiones en instalaciones receptoras de gas a nuestros clientes...”. De igual modo, también se señala que “GESA GAS tiene un contrato de exclusividad con ECA GEST, firmado el 2 de noviembre de 2004 y por un periodo de dos años, prorrogable automáticamente hasta tres,...”.

QUINTO. Entre las alegaciones de GESA GAS se encuentra la afirmación de que la realización de una oferta a los usuarios como la propuesta en la carta-circular se hace porque “prácticamente la totalidad de los usuarios inspeccionados no disponía del correspondiente certificado” (constata el 97% después de un muestreo de 836 hojas de inspección para los meses de enero y febrero de 2001 y comparada con otra muestra de 1997 para observar que no había cambios significativos). Se añade también que “las empresas instaladoras no realizan ningún tipo de acción comercial para ofrecer o publicitar a los consumidores la revisión de las instalaciones, ni siquiera de las que ellas mismas construyen y cuya fecha de revisión deben conocer al saber la fecha de puesta en gas”. Consecuencia de todo ello y “Con el propósito de conseguir esta concienciación por parte de los usuarios...”, GESA GAS [...] empezó a enviar bienalmente a sus usuarios unas recomendaciones de uso y seguridad para la utilización del gas, en las que se les recuerda expresamente esta obligación”. Además, argumenta GESA GAS,

SAU, en la comunicación previa a la inspección “adjunta un listado de los instaladores autorizados de las Illes Balears “...para que el usuario, libremente y a su elección pueda realizar a través de ellos la mencionada revisión...”.

GESA GAS subraya en que su objetivo es “que se realicen las revisiones y no que sea ECA GEST quien las realice” y que en las comunicaciones previas al usuario le insiste en sus obligaciones de revisión mediante una empresa instaladora autorizada (con relación expresa de las mismas). Por otra parte, en cuanto a la acusación de ser ‘juez y parte’ y más concretamente a la posibilidad de cortar el suministro, “la legislación vigente establece los supuestos concretos en los que el distribuidor procederá al corte de suministro del usuario por deficiente conservación de las instalaciones cuando ello suponga peligro para la seguridad de las personas o bienes, y además se establece un sistema de garantías a favor del usuario que en ningún caso permitiría que el distribuidor pudiera decidir arbitrariamente la interrupción del suministro”.

GESA GAS alega también “el articulado del nuevo Reglamento Técnico para la Distribución y Utilización de Combustibles Gaseosos, que se encuentra actualmente en fase muy avanzada de tramitación”. En este texto recae sobre el distribuidor, bajo el concepto de inspecciones periódicas, “tanto la actividad de inspección como de revisión”

SEXTO. De acuerdo con la legislación de los servicios de inspección y revisión de instalaciones de gas y sin tener en cuenta proyectos de decreto o futuros reglamentos en curso, no aplicables en el momento de la denuncia en las Islas Baleares, hay que detenerse en el Decreto 26 de octubre de 1973, 2913/73, Reglamento General del Servicio Público de los combustibles. En este decreto su Art. 27, apartado 5.4. dice: “Las Empresas suministradoras realizarán visitas de inspección periódicas, que comprenderán cada año, como mínimo, un 25% de los abonados. Igualmente cada dos años, y cuantas veces sean requeridas para ello, facilitarán por escrito a cada abonado las recomendaciones de utilización y medidas de seguridad que los usuarios deben tener presentes para uso del gas”. Por otro lado, también las Empresas suministradoras llevarán un registro que contendrá los datos recogidos en cada visita de inspección y que quedará a la disposición de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria.... De igual modo en este mismo Decreto, su Art. 27, apartado 7 dice respecto de los Usuarios que “...Corresponde al usuario mantener en perfecto estado de conservación sus instalaciones a partir del contador, así como hacer el uso adecuado de las mismas, y para ello deberá realizar revisiones periódicas cada cuatro años utilizando los servicios de un instalador autorizado, que extenderá un certificado acreditativo de la revisión efectuada y fecha en que se realizó...”.

También es pertinente al caso el Real Decreto 3484/1983, de 14 de diciembre, por el que se modifica parte del Decreto 2913/73 que en su Artículo Único modifica el Art. 27, apartado 5.4 antes citado y dice ahora...."Si como resultado de las inspecciones...la instalación no cumple la normativa...lo comunicará por escrito al usuario...indicando las modificaciones a introducir y señalando el plazo...en ningún caso podrán ser superiores a seis meses. Si en dichos plazos el interesado no justificase debidamente ante la Empresa suministradora...ésta podrá proceder al corte del suministro...No obstante lo indicado, el corte de suministro será inmediato...en los siguientes casos..." (le sigue una relación casuística muy tasada).

En el Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre se señala que (01.17.) la empresa suministradora es la empresa titular de una concesión de servicio público de suministro de gas. De igual modo, define a la empresa instaladora como la empresa legalmente establecida que incluyendo en su objeto social las actividades de montaje, reparación, mantenimiento y revisión de instalaciones de gas y cumpliendo los requisitos...se encuentra inscrita en el registro correspondiente...

SÉPTIMO. El Tribunal entiende que el SDC en su instrucción ha descartado la aplicación del artículo 1 LDC al considerar que el contrato entre GESA GAS Y ECA GEST es de agencia. No obstante, el Tribunal considera que, ECA GEST no puede actuar como agente del principal en el caso de las de las revisiones periódicas. Por lo tanto, el alcance que el SDC ha querido dar al contrato no se corresponde ni con las obligaciones a las que tiene que hacer frente GESA GAS, directamente o a través de un agente, ni con las posibilidades jurídicas de suscribir un contrato de estas características en el caso de revisiones, puesto que GESA GAS no puede suscribir contratos de revisión de instalaciones de gas porque no es empresa instaladora autorizada. La capacidad legal para realizar revisiones por parte de GESA GAS no se ha alegado en el expediente, ni se ha acreditado en modo alguno, ni se puede suponer *de iure* una superposición de ambas figuras, inspector y revisor, de acuerdo con la legislación citada en el Fundamento anterior. Muy al contrario, ha quedado patente que su exceso de celo como distribuidor de gas, obligado a la realización de inspecciones periódicas, le ha llevado a comprometerse con los usuarios a través de una carta-circular en la realización de revisiones que no le corresponden ni son de su responsabilidad. En definitiva, en estas condiciones ECA GEST no puede actuar como 'agente' de principal, GESA GAS, en el mercado de revisiones.

Lo que sí parece evidente es que, a tenor de lo señalado en el Fundamento Cuarto, el contrato suscrito entre GESA GAS y ECA GEST afecta al mercado

de revisión y en este sentido puede tener un contenido o unos efectos anticompetitivos que se deberían analizar a la luz del artículo 1 LDC y que han quedado fuera de la instrucción a partir de la calificación de contrato de agencia.

Además, la circular de GESA GAS anunciando una próxima inspección a sus clientes no parece diferenciar nítidamente su papel de inspector del papel de revisor, que no le corresponde, y en este sentido se podría apreciar un intento de influir en el mercado de revisión de forma no neutral para las condiciones de competencia entre empresas instaladoras autorizadas por la CA Balear para revisar instalaciones de gas.

A mayor abundamiento, en el Expediente se han aportado unos albaranes en los que se pone de manifiesto que GESA GAS (folios 68, 69 y 70 del Expediente del TDC) no distingue meridianamente frente al usuario entre inspección y revisión. Incluso llega a presentarle un albarán al cliente con su propio membrete en el que le pide que rellene una de las dos casillas: inspección o inspección con revisión.

A ello se añade que, dados los posibles efectos anticompetitivos del contrato sobre el mercado de revisiones y dado que es posible iniciar a instancias de parte un procedimiento de autorización singular del citado contrato en el que se pudieran valorar todo tipo de economías para el consumidor final y en el completo respecto de la legislación vigente, el Tribunal observa que esta solicitud no ha tenido lugar ni antes de la iniciación del expediente ni en ningún momento procesal de la instrucción.

En definitiva, el Tribunal entiende que la decisión de sobreseimiento del Servicio en este expediente no se ajusta a derecho por las razones citadas y, en consecuencia, decide estimar el recurso, rechazando el sobreseimiento del expediente.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría y con el voto en contra del Vocal Sr. Castañeda Boniche,

HA RESUELTO

Único. Estimar el recurso interpuesto por la Asociación de Industriales Instaladores de Fontanería, Calefacción, Climatización, Gas, Protección contra Incendios y Afines de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (por contracción, INFOCAL) contra el Acuerdo de sobreseimiento del Expediente 2505/04 de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2005.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución que se dicte en su día agotando la vía administrativa.