

RESOLUCIÓN (Expte. 513/01 TUBOGAS/REPSOL)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 7 de marzo de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Miguel Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 513/01 (1893/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado en virtud de denuncia de TUBOGAS, S.L. (TUBOGAS) contra REPSOL BUTANO, S.A. y el SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la explotación abusiva por parte de REPSOL BUTANO S.A. de la información que posee como empresa suministradora en beneficio de sus Servicios Oficiales y en competencia desleal por confusión ejercida por REPSOL BUTANO y su Servicio Oficial, al enviar avisos, al término de los plazos de revisión obligatoria de las instalaciones, que inducen a considerar al SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO como la única alternativa posible para la prestación del servicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de octubre de 1998 se recibió en el Servicio escrito de denuncia de D. Luciano Cuenda Zujero, en nombre y representación de TUBOGAS, S.L. contra REPSOL BUTANO, S.A. y el SERVICIO

OFICIAL REPSOL BUTANO por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes, según el denunciante, en:

- a) La explotación abusiva por parte de REPSOL BUTANO S.A. de su condición de empresa suministradora, utilizando la información proporcionada por la totalidad de las empresas instaladoras de gas, tanto al remitirle copia de los Certificados de Instalación de gas como en las copias de los Certificados de Revisión Periódica de Instalaciones, en favor de sus Servicios Oficiales, que de esta manera tienen puntual conocimiento de donde y cuando un usuario está obligado a pasar una nueva revisión, facilitándoles por completo su trabajo, información de la que carecen el resto de las empresas instaladoras que no son Servicios Oficiales. Ello supondría una infracción del artículo 6 LDC.
 - b) La competencia desleal por confusión ejercida por REPSOL BUTANO S.A. y su Servicio Oficial, al enviar avisos, al término de los plazos de revisión obligatoria de las instalaciones, que inducen a considerar al Servicio Oficiales de REPSOL BUTANO como la única alternativa posible para la prestación del servicio. Ello supondría una infracción del artículo 7 LDC.
2. Estimando que en la denuncia presentada existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, con fecha 22 de septiembre de 1999 se acordó, tras la práctica de una información reservada, la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 6 y 7 de la LDC.
 3. Por Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de marzo de 2001 se sobreseyó parcialmente el expediente con respecto a la denunciada infracción del artículo 7 LDC.
 4. El 22 de marzo de 2001 tuvo entrada en el Tribunal el Informe-Propuesta del Servicio, previsto en el artículo 37.3 LDC, correspondiente al expediente sancionador 1893/98. En dicho informe el SDC propone:

Que el TDC declare la existencia de una conducta prohibida imputable a REPSOL-BUTANO por infracción del artículo 6.2 d) de la LDC consistente en negar a las empresas instaladoras- representadas por

ASEINGAS- competidoras de su S.O. en el mercado de revisión de instalaciones de GLP, el suministro de la información proporcionada por la totalidad de sus Agencias Distribuidoras, sus propios servicios y otras empresas instaladoras de gas.

5. Por Providencia de 29 de marzo de 2001 el Tribunal admitió a trámite el expediente, asignándole el número 513/01 y poniéndolo de manifiesto a los interesados, a fin de que pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias, en los términos del artículo 40 LDC, habiéndose recibido las propuestas de TUBOGAS S.L. y REPSOL BUTANO S.A. el 17 y el 20 de abril de 2001, respectivamente.
6. Por Auto de 2 julio de 2001 el Tribunal admitió las pruebas que consideró procedentes, declaró innecesaria la celebración de Vista y concedió a los interesados los plazos correspondientes para la valoración de prueba y la formulación de conclusiones.
7. El 17 y el 31 de julio 2001, respectivamente, se recibieron en el Tribunal la valoración de prueba y las conclusiones de REPSOL BUTANO S.A.

TUBOGAS S.L. ni valoró la prueba ni presentó escrito de conclusiones.
8. El Tribunal deliberó sobre este asunto en su sesión plenaria del día 5 de febrero de 2002, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
9. Son interesados:
 - a) TUBOGAS, S.L.
 - b) REPSOL BUTANO, S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los hechos siguientes:

1. Las empresas suministradoras, las empresas instaladoras y los usuarios de Gases Licuados del Petróleo (GLP) están sometidos, entre otras, a las obligaciones que se establecen en los siguientes artículos

del Reglamento de la Actividad de Distribución, aprobado por el R.D. 1085/1992:

Artículo 21. Otras obligaciones de la empresa suministradora.

Las empresas suministradoras de GLP deberán disponer de un servicio permanente de recepción de consultas, reclamaciones y averías y disponer de los medios personales y técnicos adecuados para mantener la seguridad de sus instalaciones y un servicio de asistencia técnica a los usuarios.

Asimismo, llevarán un censo de usuarios en que se harán constar los datos de la instalación y los resultados de las revisiones obligatorias.

De igual forma deberán mantener actualizadas las pólizas de seguros que se determinen reglamentariamente con objeto de cubrir los riesgos que, para personas o bienes, puedan derivarse de las actividades ejercidas.

Artículo 22. Obligaciones de los titulares de contrato de suministro.

1. Corresponde a los titulares del contrato de suministro, y en defecto de éste, a los usuarios, la obligación de mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones receptoras de gases licuados de petróleo, usándolas adecuadamente y revisándolas periódicamente cada cinco años, utilizando para dicho fin los servicios de una empresa legalmente habilitada para ello, que expedirá certificación acreditativa de la revisión efectuada.

No obstante lo anterior, todos los elementos de las instalaciones, que tengan fecha de caducidad, deberán ser sustituidos por los usuarios antes de dicha fecha.

2. De las certificaciones a que se refiere el apartado precedente se extenderán tres ejemplares de los que uno quedará en poder del usuario o propietario, otro se enviará a la empresa suministradora y el tercero quedará en poder de la empresa instaladora. A los anteriores efectos, anualmente las empresas suministradoras notificarán a los propietarios y usuarios de las instalaciones para las que en ese año finalice el plazo indicado en el apartado 1 de este artículo desde la revisión anterior, mediante escrito enviado al lugar en que radiquen las instalaciones, que en dicho año tienen la obligación de revisar las mismas.

Asimismo, las empresas suministradoras de GLP remitirán cada año a los órganos territoriales competentes relación de aquellas instalaciones que, habiéndoles correspondido revisión en el año anterior, no hayan remitido copia de las certificaciones a que se refiere dicho apartado.

3.El procedimiento de revisión regulado en los apartados precedentes será igualmente aplicable cuando se realicen en la instalación ampliaciones sustanciales y así se determine en las correspondientes normas técnicas.

4. En las revisiones de las instalaciones destinadas a usos domésticos, colectivos, comerciales o locales industriales, las empresas instaladoras de gas aplicarán los criterios técnicos establecidos en la reglamentación técnica y de seguridad vigentes en cada momento.

5. Lo previsto en los anteriores apartados no se aplicará cuando se trate de suministros en botellas cuya capacidad no sea superior a 3 kilogramos.

6. Las revisiones e inspecciones periódicas de depósitos fijos, redes y acometidas se regirán por sus normas técnicas específicas.

Artículo 38. Remisión de información por las empresas suministradoras.

A efectos de aplicación, análisis y seguimiento de los sistemas de fijación de precios de los suministros de GLP, así como del seguimiento del nivel de existencias mínimas de seguridad, las empresas que suministren GLP remitirán anualmente a la Dirección General de la Energía del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, certificación acreditativa, por área geográfica, de los suministros de GLP efectuados bajo cada una de las tarifas, así como de sus números de usuarios y de las facturaciones anuales, pudiendo la citada Dirección General efectuar las comprobaciones que estime oportunas, así como requerir la documentación e información complementaria que estime necesaria. Dichos datos se referirán a años naturales, y se presentarán a lo largo del primer trimestre de cada año. La información relativa a existencias mínimas de seguridad podrá ser requerida con la periodicidad que se estime necesaria.

2. En 1999 REPSOL BUTANO S.A. distribuyó 2.292.000 Tm. de gases licuados de petróleo (propano, butano) a 12.368.000 clientes en el territorio peninsular. Esta cantidad de gas distribuida representa el 90%

del total distribuido en la Península. Existen otros ocho suministradores de gases licuados de petróleo que distribuyen el 10%, sin que ninguno de ellos alcance el 4%.

3. SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO es una franquicia en la que REPSOL BUTANO S.A. es el franquiciador y cuyo objeto es poner a disposición de los franquiciados, empresas jurídicas independientes que reciben el nombre de “Servicios Oficiales de REPSOL BUTANO” y que, en su práctica totalidad, son o están vinculadas con Agencias Distribuidoras de REPSOL BUTANO, procedimientos y sistemas diseñados para facilitar la práctica de la revisión periódica de las instalaciones de los usuarios y la emisión del correspondiente certificado de idoneidad (folio 71).
4. Mediante el contrato de franquicia, REPSOL BUTANO S.A. permite a los franquiciados el uso de su marca (folios 41-45) recibiendo, entre otras compensaciones, un porcentaje de la facturación de las revisiones realizadas en concepto de canon de franquicia.
5. El 30 de septiembre de 1999, el número de Servicios Oficiales de REPSOL BUTANO ascendía a 388, repartidos entre las diferentes Comunidades Autónomas de la siguiente forma (folios 122-123):

Andalucía: 66	Extremadura:30
Aragón: 11	Galicia: 49
Asturias: 17	Baleares: 9
Cantabria: 3	La Rioja: 4
C ^a La Mancha: 48	Madrid: 25
C ^a León: 45	Murcia: 5
Cataluña: 36	Navarra: 5
Valencia: 30	País Vasco: 5
6. REPSOL BUTANO cede a la práctica totalidad de las empresas franquiciadas, como Agencias Distribuidoras que son (folio 106, expte SDC), el censo de usuarios y los listados anuales de usuarios de la zona a los que corresponde revisar sus instalaciones en dicho año (folio 365, expte SDC).

7. Sobre el mercado de revisiones periódicas obligatorias constan los siguientes datos aportados por REPSOL BUTANO S.A. (folios 122 y siguientes, expte. SDC):

En 1999 el número de clientes obligados a revisión periódica era de 7.937.900. Sobre esta base, el número de revisiones periódicas obligatoria que hubieran debido llevarse a cabo entre el 1 de enero de 1993 y el 30 de septiembre de 1999 asciende a 10.716.165 pero, en dicho periodo, REPSOL BUTANO S.A. solo recibió 3.348.362 certificados de revisión, correspondiendo a los Servicios Oficiales de REPSOL BUTANO 2.667.943 certificados.

Entre 1994 y 1999 REPSOL BUTANO S.A. percibió como ingresos por canon de franquicia de los Servicios Oficiales la cantidad de 310.111.582 pesetas y por la venta de materiales a sus franquiciados 225.558.657 pesetas.

8. Con fecha 18 de febrero de 1997 el Presidente de la Asociación de Empresas Instaladoras de Gas (ASEINGAS) dirigió a REPSOL BUTANO S.A. el siguiente escrito (folios 238 y 239, expte. SDC):

“Madrid,. N/REF.: AS/E/03. ASUNTO: REVISIONES PERIÓDICAS.

La presente es para comunicarles la problemática existente con relación a las revisiones periódicas de las instalaciones, de la que varios de nuestros asociados nos han informado al sentirse perjudicados:

Como Ustedes bien saben, las empresas instaladoras, al efectuar una revisión periódica de una instalación de G.L.P., tienen la obligación de remitirle una copia del correspondiente certificado a la empresa suministradora.

Con ello, además de cumplir la obligación impuesta por la actual reglamentación, se está informando a la empresa suministradora de datos comerciales de clientes, como por ejemplo la fecha de cuándo deben hacer la próxima revisión periódica.

No es admisible que más tarde, se use esta información únicamente para provecho de las empresas instaladoras que pertenecen al Servicio Oficial de Repsol Butano, que disponen de los listados de los usuarios, son conocedores de cuándo les corresponde pasar las revisiones periódicas, e incluso se informa con anterioridad a los usuarios de la presentación en los correspondientes domicilios de las empresas instaladoras del Servicio Oficial de Repsol Butano.

En efecto, aprovechando el escrito que las empresas suministradoras tiene obligación de remitir a los propietarios y usuarios de las instalaciones, indicándoles a partir de cuándo tiene la obligación de efectuar una nueva revisión periódica, también se les informa de la visita en los próximos días del personal del Servicio Oficial de Repsol Butano, S.A.

Esta asociación considera que esta práctica puede ser considerada como competencia desleal.

Con el fin de tratar de solucionar esta situación, ASEINGAS considera justo y solicita que a la mayor brevedad posible:

a) Se tenga a disposición de cualquier empresa instaladora autorizada que lo solicite, el listado de los usuarios, clientes de esa empresa suministradora, donde debe constar la fecha a partir de la cual deben pasar los usuarios la próxima revisión periódica de su instalación.

b) En los escritos que dirige Repsol Butano a los usuarios del gas indicándoles a partir de qué fecha deben volver a efectuar una revisión periódica en sus instalaciones, deben eliminar cualquier alusión al Servicio Oficial de Repsol Butano, o a cualquier otra empresa instaladora.

c) Remitan a la sede de esta Asociación, sita en CL. CASTILLA LA NUEVA 22 (C.V. AV. ESPAÑA), 28941 FUENLABRADA (MADRID), el listado mencionado en el punto a), para ponerlo a disposición de todas nuestras empresas instaladoras asociadas.

Aprovechamos esta ocasión para solicitar una entrevista con un responsable de esa empresa para tratar personalmente este tema.”

9. Constan en el expediente el aviso de recibo por REPSOL BUTANO S.A. (folios 240-241) de la carta antes transcrita y la alegación ante el Servicio de no tener constancia de ninguna petición de empresas instaladoras sobre el censo de usuarios (folio 368).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Al remitir el expediente al Tribunal, el Servicio realizaba la siguiente propuesta:

Que el TDC declare la existencia de una conducta prohibida imputable a REPSOL-BUTANO por infracción del artículo 6.2 d) de la LDC consistente en negar a las empresas instaladoras- representadas por ASEINGAS- competidoras de su S.O. en el mercado de revisión de instalaciones de GLP, el suministro de la información proporcionada por la totalidad de sus Agencias Distribuidoras, sus propios servicios y otras empresas instaladoras de gas.

2. En su escrito de conclusiones ante el Tribunal REPSOL BUTANO alega, en primer lugar, que los escritos del Servicio de 8 de octubre de 1998 y de 22 de octubre de 1998 -dirigidos a la empresa denunciante solicitando información adicional a la contenida en el escrito de denuncia- utilizaban el cauce establecido por el artículo 71 de la Ley 30/1992 para la subsanación y mejora de las solicitudes de iniciación del procedimiento administrativo, cauce que, según el alegante, se establece esencialmente para la subsanación de deficiencias formales, mientras que el Servicio lo utilizó para señalar los elementos que el denunciante debe articular para que pueda tomarse en consideración una imputación de abuso de posición dominante.

Por otra parte, considera el alegante que la posibilidad de segundas subsanaciones carece de apoyo normativo por lo que el Servicio debería haber archivado las actuaciones al no haberse cumplimentado satisfactoriamente el primer escrito de subsanación, en lugar de requerir nueva información.

Según REPSOL BUTANO S.A. esta forma de proceder del Servicio atenta contra el principio de objetividad que deben mantener las Administraciones Públicas y vicia de nulidad todas las actuaciones posteriores.

El Tribunal no puede acoger esta alegación porque ni el artículo 71 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tiene el sentido restrictivo que el alegante presenta ni tiene la referida Ley 30/1992, de acuerdo con el artículo 50 de la LDC, otro carácter que el meramente supletorio en los procedimientos administrativos en materia de defensa

de la competencia, los cuales deben regirse por su normativa específica.

La denuncia de las conductas restrictivas o abusivas prohibidas, de tan difícil detección alternativa, constituye una fuente imprescindible para la protección del interés público que la LDC pretende. De acuerdo con el artículo 36 LDC la denuncia es pública, puede ser formulada por cualquier persona, interesada o no, y debe el Servicio incoar expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de tales conductas.

En los escritos del Servicio a los que hace referencia el alegante se adopta el cauce formal del artículo 71 de la Ley 30/1992 con objeto de señalar un plazo para la respuesta que no está previsto en la LDC y, en ellos, se requiere información que no se refiere a los requisitos formales señalados en el artículo 70 de dicha Ley sino *a los exigidos por la legislación específica aplicable* tal como el propio artículo 71 establece. En efecto, en el escrito del Servicio de 8 de octubre de 1998 se adjunta un modelo de cuestionario referente a la determinación del mercado relevante y en el escrito de 23 de octubre de 1998 se remite al denunciante a la Comunicación de la Comisión 98/C 265/02 relativa a la determinación del mercado de referencia.

En definitiva, considera el Tribunal que no se puede exigir que el denunciante conozca *a priori* los requisitos necesarios para la determinación de una posición de dominio y que tampoco puede el Servicio desistir en su obligada búsqueda de indicios racionales de existencia de una conducta abusiva por una supuesta imposibilidad de un doble requerimiento de información al denunciante.

3. Considera también REPSOL BUTANO que es causa de nulidad el hecho de que, previamente a la incoación de expediente, el Servicio le dirigiera el 4 de marzo de 1999 un requerimiento de información sin remitirle copia de la denuncia, con menoscabo del derecho constitucional a la interdicción de la indefensión, en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo. REPSOL BUTANO cita, al respecto, la Resolución de este Tribunal de 28 de enero de 1999.

El Tribunal considera que tampoco asiste la razón al alegante en este punto ya que, si bien es cierto que el Servicio no remitió la denuncia con su escrito a REPSOL BUTANO S.A. de 4 de marzo de 1998, sí que señalaba en el primer párrafo de este escrito la identidad del denunciante y las supuestas conductas prohibidas denunciadas

consistentes en un abuso de posición dominante de REPSOL BUTANO S.A., al dar a sus “servicios oficiales” información sobre la fecha en que legalmente tienen que ser revisadas las instalaciones de los usuarios y una competencia desleal por publicidad engañosa.(folio 68 expte. SDC).

Si REPSOL BUTANO S.A. consideraba que esta información sobre la denuncia era insuficiente y que ello comprometía sus derechos constitucionales debió solicitar el traslado de la denuncia en su integridad antes de responder, como hizo, sin oponer resistencia alguna a proporcionar la información requerida.

Esta forma de proceder de REPSOL BUTANO S.A. hace que no resulte de aplicación en este caso la doctrina de este Tribunal en la alegada Resolución de 28 de enero de 1999, expediente 305/98, por la que se establecía el derecho del denunciado a no suministrar información en el curso de una información reservada cuando, habiendo solicitado el traslado de la denuncia, el Servicio se niegue a proporcionarla. En dicha Resolución el Tribunal resumía así esta doctrina:

En suma, tiene razón la recurrente al negarse, amparándose en el Art. 24.2 CE, a facilitar la documentación que se le pide para tramitar una denuncia contra ella de la que no se le da traslado, aunque lo haya solicitado; y al haber facilitado la documentación exigida bajo la amenaza de una sanción y con la reserva de que lo hace coaccionada, el contenido de esta documentación no puede ser utilizado por el Servicio, debiéndose tener los documentos por no recibidos y ser devueltos al recurrente por violación del Art. 24.2 CE.

En el caso presente ni REPSOL BUTANO S.A. reclamó el traslado de la denuncia ni el Servicio pudo denegarlo ni REPSOL BUTANO S.A. expresó reserva alguna en su contestación.

4. También como cuestión previa, considera REPSOL BUTANO S.A. que los once meses transcurridos entre la formulación de la denuncia y el acuerdo de incoación de expediente menoscaban el derecho de la defensa y conducen a la nulidad de lo actuado por evidente caducidad.

El Tribunal constata, por el contrario, que lo que resulta evidente es que el expediente no ha incurrido en caducidad, puesto que el Servicio ha remitido el expediente al Tribunal sin exceder el plazo máximo de dieciocho meses a contar desde su incoación que establecía entonces el artículo 56 de la LDC. Si bien resulta deseable que el Servicio acorte, en lo posible, la información reservada que permite el artículo

36.2, es lo cierto que no existe límite temporal alguno en la Ley para realizarla.

5. Entrando en el fondo del asunto, alega REPSOL BUTANO S.A. que no existe, en rigor, un mercado de revisión de instalaciones de gas o, al menos, no existe el mercado, definido por el Servicio, de revisiones periódicas cada 5 años. En todo caso, hay un mercado propio de las empresas instaladoras (diseño y construcción de instalaciones de agua, gas y electricidad) en el que las revisiones constituyen una ínfima proporción y en el que existe un elevado número de empresas y abundante competencia.

El Tribunal considera que el Servicio ha delimitado con precisión los mercados afectados. La obligación legal de los usuarios de revisar periódicamente las instalaciones de gases licuados de petróleo determina una demanda regular de este servicio que no tiene sustitutivo alguno y que constituye el *mercado de producto* para cuya delimitación no se precisa ningún otro criterio que el de la sustituibilidad de la demanda, resultando completamente irrelevante, pese a la importancia que parece conferirle el alegante, el hecho de que tal demanda pueda ser satisfecha por pocos o por muchos suministradores del producto.

El *mercado geográfico* será aquél en el que las empresas afectadas prestan sus servicios siempre que las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas y diferentes de las existentes en territorios adjuntos. Puede considerarse como ámbito geográfico el peninsular ya que en él se dan las siguientes condiciones homogéneas:

- Proveedor dominante en el mercado ascendente del suministro de gas (REPSOL BUTANO S.A.).
- Revisiones periódicas obligatorias impuestas por una legislación uniforme.
- Coexistencia de empresas franquiciadas por REPSOL (llamados *servicios oficiales*) con empresas independientes.
- Información asimétrica de los ofertantes (total para los franquiciados de REPSOL BUTANO S.A. y parcial para los independientes).

El mercado de referencia se obtendrá pues mediante la combinación de los mercados de producto y geográfico antes delimitados,

coincidiendo plenamente con el delimitado por el Servicio en su Informe.

6. REPSOL BUTANO alega que no interviene en el mercado de las revisiones aduciendo que el propio Tribunal en su Resolución de 21 de julio de 1998, expte. r 284/97 FERCA/BUTANO, señalaba:

Por otra parte, la investigación llevada a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia ha dado como resultado que REPSOL BUTANO no está presente, de modo directo, en el mercado de la revisión y mantenimiento de las instalaciones de gas propano y butano y que su red de franquicias para la prestación de dichos servicios (el denominado "servicio oficial") no tiene posición de dominio ni en el mercado nacional ni en el más específico de Cataluña.

De aquí deduce el alegante que, según el Tribunal, REPSOL BUTANO S.A. *no tiene posición alguna en el mercado de las revisiones*, cuando, en realidad, basta leer el párrafo anterior para verificar que el Tribunal constataba que, aunque REPSOL BUTANO S.A. no realiza directamente las revisiones periódicas obligatorias, sí que lo hace el SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO, sin que esta red de empresas franquiciadas por REPSOL BUTANO S.A. tuviera posición de dominio en el mercado de la revisión y mantenimiento de las instalaciones de gases licuados.

En el tercer antecedente de hecho de la misma Resolución del expte. r 284/97, FERCA/BUTANO se resumían así los resultados de la investigación del Servicio que se menciona en el párrafo antes transcrito:

REPSOL BUTANO no realiza directamente la actividad de revisión de las instalaciones. El Servicio Oficial REPSOL BUTANO está integrado por 456 empresas independientes en régimen de franquicia. El precio recomendado por REPSOL BUTANO a sus franquiciados por la actividad de revisión de la instalación es de 5.750 ptas. (IVA incluido). En dicho precio se incluye el cambio del tubo flexible. REPSOL BUTANO percibe un canon del 2% por cada revisión.

Los datos que se exponen en los hechos probados tercero y quinto muestran que la situación no ha cambiado y que la franquicia Servicio Oficial REPSOL BUTANO actúa de forma muy activa en el mercado de revisiones periódicas obligatorias.

En efecto, en el periodo 1993-1999 , el 79% de las revisiones constatadas, es decir, aquéllas que cumplieron todos los trámites reglamentarios, incluido el de remisión de certificado a REPSOL BUTANO S.A., fueron realizadas por empresas franquiciadas por REPSOL BUTANO S.A. El porcentaje se reduciría al 25% si se refiere a las revisiones potenciales, es decir, al total de las revisiones que debían haber sido realizadas si todos los usuarios hubieran cumplido su obligación de revisar (HP 5), aunque se ignora el número real de los que lo hicieron y no remitieron el certificado de revisión a la empresa suministradora.

REPSOL BUTANO S.A. continúa siendo el franquiciador del SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO en el que se integran como franquiciados 388 empresas distribuidas por toda la península a las que cede su marca y obtiene entre otros beneficios, un canon de franquicia del 2% de la facturación de las revisiones realizadas.

Alega también REPSOL BUTANO S.A. que su envío de advertencias a los usuarios sobre el agotamiento del plazo legal para realizar la revisión obligatoria ha provocado el crecimiento de las revisiones periódicas generando actividad para todas las empresas instaladoras, sean o no servicios oficiales franquiciados por REPSOL BUTANO S.A.

El Tribunal considera que esta aseveración no tiene relación alguna con la imputación que el Servicio ha realizado y que, en todo caso, REPSOL BUTANO S.A., como el resto de las empresas suministradoras de gases licuados, tiene la obligación de realizar tales advertencias en virtud del artículo 22.2 del R.D. 1085/92.

7. Con respecto al conocimiento que tiene, como empresa suministradora, de los datos de las instalaciones de sus clientes, alega REPSOL BUTANO que responde al estricto cumplimiento del R.D. 1085/92 y de la Ley 34/98. No dispone de esta información por su poder de mercado, sino en cumplimiento de la Ley. Su negativa a proporcionar esta información no constituye un abuso de posición dominante porque el instrumento mediante el que supuestamente estaría atentando contra la competencia no se derivaría de su poder de mercado, sino de la aplicación de una Ley. Alega, en este sentido, que esta situación se asemeja al hecho de que la jurisprudencia comunitaria no considera de abuso la explotación exclusiva de determinados derechos de propiedad industrial.

El Tribunal no puede aceptar esta alegación porque, si bien es cierto que REPSOL BUTANO S.A. recibe de los usuarios la información de las revisiones periódicas obligatorias realizadas por todas las empresas instaladoras habilitadas para ello en virtud de lo establecido en el artículo 22.2 del R.D. 1085/92, el volumen de tal información es proporcional al enorme poder que REPSOL BUTANO S.A. tiene en el mercado de suministro de gases licuados de petróleo y el conocimiento de dicha información de ninguna manera puede asimilarse a los derechos de propiedad industrial ya que no ha sido obtenido mediante esfuerzo alguno de la empresa, sino mediante una disposición legal cuyo objeto no es proporcionar ninguna ventaja a la empresa sino garantizar la seguridad de las instalaciones.

No se trata, pues, de una información que haya requerido de fuertes inversiones de REPSOL BUTANO S.A., de la que intenten aprovecharse terceros, sino que es una información de la que REPSOL BUTANO S.A. es depositaria y que ha sido aportada precisamente por quienes solicitan ahora su puesta en común.

En todo caso, existe abundante jurisprudencia, como se explica más adelante, de empresas con poder de dominio que se han visto obligadas a ceder información, incluso información protegida por derechos de propiedad, a sus competidores en mercados conexos al principal que dominan.

Lo que resulta relevante para el Tribunal es que REPSOL BUTANO S.A., actuando en el mercado de las revisiones periódicas como franquiciador de una red de 388 empresas y obteniendo una parte de los ingresos totales de dicho mercado en concepto de canon de franquicia, discrimina el acceso a esta información, negándoselo a los competidores de sus empresas franquiciadas en beneficio exclusivo de éstas y de sus propios ingresos mediante el canon de franquicia.

8. Según alega REPSOL BUTANO S.A., no hay alternativa ajustada a derecho que permita un comportamiento diferente del seguido hasta ahora por REPSOL BUTANO S.A. y, en cambio, existen alternativas para que las instaladoras hagan valer sus derechos en el mercado. REPSOL BUTANO S.A. no facilita los censos de usuarios a los Servicios Oficiales sino a las Agencias Distribuidoras y tales censos no resultan esenciales para acceder al mercado de revisión. El Tribunal de Justicia sólo considera abusiva la negativa de una empresa con posición dominante a ceder derechos de propiedad industrial cuando éstos resultan indispensables para el ejercicio de la actividad de los

competidores. Los competidores de la franquicia de REPSOL podrían instaurar un sistema de intercambio de información que les permitiría obtener toda la información necesaria.

Por el contrario, el Tribunal considera que deben existir diversas soluciones respetuosas con las leyes y que eviten el efecto anticompetitivo que la disponibilidad discriminada de los censos de usuarios produce hoy en el mercado de las revisiones periódicas obligatorias. Entre estas soluciones, la que apunta REPSOL BUTANO S.A. sobre intercambio de información entre las empresas del sector sería una de las menos deseables ya que, en principio, el intercambio de información entre competidores está prohibido por el artículo 1 LDC. En todo caso, la solución no puede ser alcanzada si el depositario de la información, dominante en el mercado principal de la distribución de GLP, ignora las peticiones de sus competidores en el mercado conexo de las revisiones periódicas.

Por otra parte, estima el Tribunal que la información en este mercado de demanda discontinua, el conocimiento preciso de cuando necesita revisión cada uno de los clientes, resulta esencial para una competencia sin distorsiones. Si sólo Servicio Oficial de REPSOL BUTANO cuenta con esta información, mientras que las demás empresas únicamente disponen de los datos de las instalaciones que cada una de ellas han realizado, las disposiciones legales que han sido establecidas como garantía de seguridad se convierten en ventajas sustanciales en el mercado para las franquiciadas de REPSOL BUTANO S.A.

9. Alega también REPSOL BUTANO S.A. la ausencia de tipicidad de la conducta imputada que no se corresponde con la especificación legal del artículo 6, por lo que entiende que lo que el Servicio está pretendiendo con su propuesta es una aplicación infundada de los “mercados conexos”, careciendo este caso de los elementos necesarios para poder aplicar dicha construcción jurisprudencial.

El alegante basa su argumentación, de inaplicabilidad de la doctrina de mercados conexos al presente caso, en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia (1994) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1996) en el asunto *Tetra Pak* por considerar que, pese a existir ciertos precedentes, es en tales sentencias donde encuentra la doctrina citada su auténtica “carta de naturaleza”.

De acuerdo con tales sentencias la doctrina no sería aplicable en este caso porque el infractor debe tener presencia en ambos mercados conexos y REPSOL BUTANO S.A. no tiene ninguna participación en el mercado de revisiones ni interés económico relevante. Tampoco se da en este caso, como exigiría la jurisprudencia citada, ningún beneficio para REPSOL BUTANO S.A. derivado del perjuicio que pudieran sufrir las empresas competidoras en el mercado conexo. Por otra parte, dichas sentencias establecen que la doctrina no se puede aplicar de forma indiscriminada.

El Tribunal considera que, aún siendo importante el caso *Tetra Pak*, la doctrina del abuso de posición dominante en mercados conexos estaba ya sólidamente consolidada en derecho comunitario de competencia desde mucho antes y que resulta útil hacer mención a varios antecedentes.

Esta doctrina es, por lo menos, tan antigua como el caso *Commercial Solvents* (1974) en que se declaró abusivo la negativa del productor dominante de la materia prima aminobutanol a una empresa con la que competía en el mercado conexo de medicamentos antituberculosos.

La doctrina de los mercados conexos no se limita a la negativa de suministro de mercancías, sino también a negativas de suministro de información necesaria para competir en mercados conexos, incluso si tal información goza de protección de derechos de propiedad intelectual, como en el caso *Magill* (1991) en donde se declaró que tres compañías de TV habían abusado de su posición dominante al negar los detalles de su programación a un editor de guías de programas de televisión que competía con las guías editadas por las propias cadenas de televisión; como en el caso *IBM*, terminado por acuerdo con la Comisión, en donde *IBM* se comprometió a suministrar información sobre sus ordenadores *System/370* que permitiera a sus competidores incorporar sus programas y conexiones a dichos ordenadores; como en el propio caso *Tetra Pak* en donde se obligaba a esta empresa a ceder a terceros las especificaciones técnicas necesarias para producir los cartones compatibles con las máquinas de *Tetra Pak*; como en el caso *Decca Navigation System* (1989) donde se declaró el abuso de dicha empresa por no informar sobre los cambios de las señales electrónicas producidas por sus equipos de navegación marítima y como en el caso *ITT/Promedia /Belgacom* (1997) en donde se declaró abusiva la negativa por la empresa telefónica dominante de proporcionar información a un nuevo competidor en el mercado conexo de las guías telefónicas.

La doctrina de los mercados conexos no es independiente conceptualmente de la doctrina de las “instalaciones esenciales” (*essential facilities*) ya que el aspecto económico a considerar es que una empresa controla un factor necesario para competir en un mercado conexo descendente.

En definitiva, la doctrina de que constituye un abuso de posición dominante el negar algo necesario (uso de infraestructuras, productos, servicios o información, incluso protegida por derechos de propiedad) a un competidor en un mercado conexo goza de amplísimo respaldo jurisprudencial.

El Tribunal considera que tal doctrina es plenamente aplicable en el caso presente y que hay que reiterar el rechazo de alegaciones que ya han sido examinadas en anteriores fundamentos de derecho y que REPSOL BUTANO S.A. vuelve a esgrimir para descalificar la imputación de esta doctrina al caso presente: el Tribunal considera probado que compite en el mercado de revisiones a través de su muy activa y extensa franquicia SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO y obtiene un beneficio directo, mediante el canon de franquicia y la venta de materiales propios a los franquiciados, del perjuicio que produce a sus competidores en dicho mercado el desconocimiento de quiénes son los clientes y cuándo necesitan sus servicios, datos de los que sí disponen los franquiciados.

10. En resumen, REPSOL BUTANO S.A. ostenta una posición dominante en el mercado de distribución de gases licuados de petróleo y es receptor de la información que deben transmitirle todos los usuarios sobre las fechas en que realizan las revisiones periódicas que, por motivos de seguridad, impone la legislación vigente.

En el mercado conexo de servicios de revisiones periódicas obligatorias, la franquicia SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO S.A., de la que REPSOL BUTANO S.A. es franquiciador, cuenta con 388 empresas distribuidas por todo el país, recibiendo por ello un canon de franquicia del 2% del importe de las revisiones realizadas por las empresas franquiciadas.

La información sobre este mercado de la que es depositaria la empresa REPSOL BUTANO S.A., por disposición legal, y que ha sido aportada precisamente por quienes solicitan ahora su puesta en común, resulta de importancia estratégica para las empresas que

ofrecen dichos servicios de revisión ya que no sólo proporciona el censo de usuarios, sino que permite ofrecer el servicio a cada cliente en el momento que lo necesitan. Dicha información sólo está disponible para las empresa franquiciadas por REPSOL BUTANO S.A. que gozan así de una ventaja sustancial sobre sus competidores, que sólo disponen del censo de usuarios a los que han realizado la instalación inicial o de los que han revisado recientemente.

En estas condiciones, el Tribunal estima que REPSOL BUTANO S.A. al ignorar, desde su posición dominante en el mercado de distribución, la solicitud de la Asociación ASEINGAS para tener acceso a la información esencial de que disponen sus competidores del SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO en el mercado conexo de las revisiones periódicas obligatorias, ha cometido un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 LDC, al mantener una información privilegiada para sus empresas franquiciadas en detrimento de sus competidores, distorsionando la competencia en dicho mercado conexo al mercado de distribución de GLP en el que tiene posición dominante.

No existe necesidad objetiva alguna para dicha conducta que, además, no responde a la responsabilidad de REPSOL BUTANO S.A. en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante antes definido, conexo al que domina y en el que debería mantener una postura absolutamente neutral hacia todos los competidores, franquiciados o no. Tal conducta puede menoscabar el objeto de la regulación que no es otro que el de la seguridad de las instalaciones y este objeto se vería mejor servido si los usuarios comprenden la necesidad de revisar sus instalaciones como consecuencia de la presión competitiva de una pluralidad de empresas legal y técnicamente capacitadas para llevarlas a cabo.

11. En la Sección segunda del Capítulo I, del Título I, LDC se regulan las sanciones que puede imponer el Tribunal, distinguiendo entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las primeras, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

En lo referente a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC, en relación con el art. 46.2 de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros, en el art. 6 LDC. Asimismo, determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones

de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. Según dicho art. 10, la cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta su modalidad y alcance, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto sobre competidores y consumidores, su duración y su reiteración.

Teniendo en cuenta dichos criterios, el Tribunal considera que el abuso de posición dominante constituye una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de la competencia en el mercado, la duración debe considerarse desde la negativa de proporcionar información en febrero de 1997, la dimensión del mercado afectado puede estimarse entre 5.000 y 10.000 millones de pesetas/año y la cuota de las empresas franquiciadas por REPSOL BUTANO S.A. en este mercado debe considerarse que alcanza, al menos, el 25%, pudiendo ser mayor si no se llevaron a cabo algunas de las numerosas revisiones de las que no se recibió certificado. Los efectos se han producido al mantenerse la restricción de la competencia a las empresas a las que REPSOL BUTANO S.A. negó la información sobre clientes, pero no existen datos en el expediente que permita su cuantificación. Por último, no se aprecia reiteración en la realización de la conducta.

En consecuencia, el Tribunal considera que debe ordenar a REPSOL BUTANO S.A. el cese de la conducta e imponerle la multa de 300.000 euros, sanción que se sitúa muy por debajo de la máxima permitida.

12. El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, el Tribunal debe ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de REPSOL BUTANO S.A. e imponiendo una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal, por mayoría,

RESUELVE

- Primero.** Declarar acreditada la realización por parte de REPSOL BUTANO S.A. de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas en ASEINGAS la información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas que transmite a las empresas franquiciadas de SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO, competidoras en dicho mercado.
- Segundo.** Intimar a REPSOL BUTANO S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.
- Tercero.** Imponer a REPSOL BUTANO S.A. como autora de esta conducta prohibida la multa de trescientos mil euros.
- Cuarto.** Ordenar a REPSOL BUTANO S.A. la publicación, a su costa y en el En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en la publicación.
- Quinto.** REPSOL BUTANO S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo y cuarto.

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