

RESOLUCIÓN
(Expte. VS/0513/01 TUBOGAS-REPSOL)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 19 de diciembre de 2013.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0513/01 TUBOGAS-REPSOL, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 7 de marzo de 2002, y de la Resolución de Incidente de Ejecución de la misma, de 10 de julio de 2007, del TDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 7 de marzo de 2002, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) acordó en relación con el expediente sancionador 513/01 TUBOGAS/REPSOL lo siguiente:

“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 plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

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”.*

2. La Resolución de 7 de marzo de 2002 fue objeto de recurso contencioso administrativo por parte de REPSOL BUTANO S.A. (REPSOL BUTANO). La Audiencia Nacional desestimó dicho recurso en su Sentencia de 7 de febrero de 2005, la cual fue posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2007.

3. En el seno del expediente nº 2208. VIG, tramitado para vigilar el cumplimiento de dicha resolución, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), elevó al TDC Informe de Vigilancia de 18 de octubre de 2004, en el que tras distintas manifestaciones, refería que REPSOL BUTANO había dejado de remitir a los franquiciados integrantes del Servicio Oficial Repsol Butano los listados anuales de usuarios de la zona a los que correspondía revisar sus instalaciones durante el año en cuestión en abril de 2002, lo que acreditaba mediante certificación de la empresa con la que tenía suscrito el contrato de servicios de notificación a los usuarios de las instalaciones para las que venza el plazo de realización de la revisión obligatoria. El informe de 18 de octubre de 2004 concluía señalando que, *“en consecuencia, entiende Repsol Butano, como también este Centro Directivo, que con dicha medida ha dado cumplimiento a lo dispuesto por ese Tribunal en el dispositivo segundo de la Resolución de referencia, no habiendo lugar a las distintas quejas que ha venido recibiendo de distintos instaladores asociados a ASEINGAS, en reclamación del envío de los repetidos listados”.*

4. Con posterioridad a dicho Informe de Vigilancia de 18 de abril de 2004 y tras la remisión por parte de la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE) del Informe de 25 de mayo de 2006 en relación con el escrito de ASEINGAS comunicando determinadas irregularidades producidas en el mercado de las instalaciones y las revisiones del gas en todo el territorio nacional", el 18 de diciembre de 2006 el SDC elevó nuevo informe al TDC en el que ponía de manifiesto que *“... dada la estrecha relación de los citados hechos denunciados por ASEINGAS ante la CNE y ante el Gobierno Vasco, con los hechos analizados y sancionados en la Resolución de 7 de Marzo del 2002 (Exp. 513/01), y de cara a la instrucción del posible expediente, en su caso, este Servicio ruega a ese Tribunal emita resolución de incidente de ejecución sobre el cumplimiento por parte de REPSOL BUTANO SA, del apartado segundo de la citada Resolución”.*

5. Dicha Resolución de Incidente de Ejecución fue dictada por el extinto TDC el 10 de julio de 2007 acordando lo siguiente:

"PRIMERO.- Que REPSOL BUTANO SA., no ha dado cumplimiento al mandato que le hiciera este Tribunal de Defensa de la Competencia, posteriormente confirmado por la

Audiencia Nacional "en orden a proporcionar idéntica y la misma información a ASEINGAS que venía haciendo a sus franquiciadas de su Servicio Oficial" en el mercado conexo de la revisión de instalaciones.

SEGUNDO.- Se concede a REPSOL BUTANO SA., el plazo improrrogable de TRES MESES NATURALES, para que haga entrega a ASEINGAS y cualesquiera otros terceros con interés legítimo en el mercado de revisión de las instalaciones el listado de clientes usuarios de dichas instalaciones, a semejanza e identidad a como lo ha hecho con sus franquiciadas.

TERCERO.- Este mandato deberá ser cumplido en los plazos y en la forma acordada, debiendo contemplarse en caso de incumplimiento la imposición a REPSOL BUTANO SA., de una sanción coercitiva de Euros 600 diarios en caso de retraso o deficiente cumplimiento. Para ello se ordena al Servicio de Defensa de la Competencia cuide de su fiel cumplimiento."

6. La Resolución del TDC de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 fue objeto de recurso contencioso administrativo por parte de Repsol Butano. Este recurso fue desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2009, confirmada después por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2013. En el seno de este recurso contencioso administrativo, la Audiencia Nacional decretó la suspensión de la ejecución de Resolución del TDC de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 mediante Auto de 4 de diciembre de 2007.
7. Una vez confirmadas judicialmente tanto la Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002 como la Resolución del TDC de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 la Dirección de Investigación (DI) de la extinta CNC inició la tramitación del expediente de vigilancia VS/0513/01 TUBOGAS-REPSOL, con el objeto de vigilar el cumplimiento de ambas resoluciones.
8. Dentro de dicho expediente de vigilancia, REPSOL BUTANO comunicó a la DI el 11 de abril de 2013, que pretendía dar cumplimiento a la Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002 a través de un procedimiento de cesión de datos relativos a las fechas de revisión de las instalaciones de los usuarios a cualquier empresa interesada en los mismos con interés legítimo para solicitarlos, tras proceder a solicitar el consentimiento de los usuarios afectados por dicha transmisión.
9. La DI remitió el 16 de abril de 2013 consulta a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con el fin de conocer su opinión sobre la idoneidad del sistema de cumplimiento propuesto por Repsol Butano y acerca de la posibilidad de reducir y simplificar el mismo. El 7 de mayo de 2013, Repsol Butano se dirigió asimismo a la AEPD con el objeto de conocer el parecer de dicha agencia en cuanto a la idoneidad del procedimiento que planteó a la DI para dar cumplimiento a la Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002. Dichas consultas fueron contestadas por Informes del Gabinete Jurídico de la AEPD de 13 de mayo y 20 de mayo de 2013, respectivamente, y en ellas, tras analizar detenidamente las propuestas de Repsol Butano y de la DI, se considera que es posible simplificar el procedimiento, tal y como había planteado la DI, al entender que no es preciso contar con el

consentimiento de los interesados para la cesión de sus datos de carácter personal, bastando con dar cumplimiento al deber de información a los afectados acerca de dicha cesión.

10. Repsol Butano, mediante escrito de 12 de junio de 2013, manifestó su disconformidad con el criterio de la AEPD en lo que respecta a la falta de necesidad del consentimiento de los clientes afectados, y en orden a dicha disconformidad propuso ciertas modificaciones al procedimiento inicialmente presentado el 11 de abril de 2013. Asimismo el 14 de junio de 2013 Repsol Butano remitió escrito a la AEPD, en virtud del cual se solicita exención del deber de información al interesado acerca del tratamiento de datos de carácter personal, con amparo en lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) y el artículo 153 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se publica el Reglamento de desarrollo de la LOPD.
11. El 25 de junio de 2013 fue notificada a las partes interesadas la Propuesta de Informe de Vigilancia emitida por la DI, con el objeto de que dichas partes formularan las alegaciones que creyeran pertinentes. En ella la DI, tras analizar las distintas Resoluciones del extinto TDC y las sentencias judiciales que confirmaron dichas resoluciones aprecia que nada obsta a que la Resolución del TDC se cumpla en sus propios y exactos términos, es decir, a que Repsol Butano, facilite a ASEINGAS el listado de sus suministrados al igual que lo ha hecho con sus denominados "servicios oficiales". Asimismo, entiende que el procedimiento propuesto por Repsol Butano el 12 de junio de 2013, sigue la interpretación proporcionada por la AEPD, y cumple con lo dispuesto en las resoluciones del TDC de 7 de marzo de 2002 y 10 de julio de 2007, si bien realiza determinadas modificaciones a dicho procedimiento en relación a las limitaciones temporales y geográficas.
12. Con fecha 24 y 30 de julio de 2013 Repsol Butano presentó alegaciones a la Propuesta de Informe de Vigilancia de 25 de junio de 2013. Por el contrario ASEINGAS, la denunciante en el expediente de origen de la presente vigilancia, no presentó alegaciones a dicha propuesta.

Repsol Butano, si bien acepta difundir el procedimiento de forma directa a ASEINGAS tal y como propuso la DI, considera que el resto de propuestas que realizó la DI con respecto al procedimiento inicialmente ofertado, no son posibles por diferentes razones que expone en sus alegaciones.

13. La DI, a la vista de las alegaciones presentadas por Repsol Butano, realizó nueva consulta a la AEPD el 4 de septiembre de 2013. Dicha consulta fue contestada por la mencionada Agencia el 20 del mismo mes, confirmando la procedencia de tramitar el procedimiento de exención regulado en el citado Reglamento de desarrollo de la LOPD, presentado por Repsol Butano el 20 de junio de 2013. Conforme al artículo 156.1 del citado Reglamento el plazo máximo para dictar y

notificar resolución en el procedimiento será de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en la AEPD de la solicitud del responsable del fichero y concluyendo que *"existiendo un deber de información y habiéndose solicitado la exención del mismo ante esta Agencia deberá estarse a la resolución que se dicte en el ámbito del procedimiento iniciado por Repsol Butano, sin que sea en este momento admisible anticipar cuál ha de ser el contenido de la citada resolución."*

14. A la vista de las manifestaciones efectuadas por Repsol Butano, de la aclaración efectuada por la AEPD, así como de la ausencia de alegaciones por parte de la ASEINGAS, la DI estimó procedente elevar al Consejo de la CNC Informe Parcial de Vigilancia de 23 de septiembre de 2013, con el fin de que el Consejo se pronuncie sobre el procedimiento de cumplimiento de la Resolución del TDC vigilada y proceda a aprobar el mismo. En todo caso la DI concluía que *"el procedimiento definitivo de cumplimiento de la obligación impuesta a Repsol Butano en las Resoluciones de 7 de marzo de 2002 y de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 sería el siguiente:*

1. Repsol Butano pondrá a disposición de las empresas instaladoras inscritas en los Registros correspondientes de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas o Ciudades Autónomas, los datos correspondientes al nombre, domicilio y fecha de la última revisión de los clientes de la provincia/s del domicilio social del instalador en cuestión.

La obligación para Repsol Butano de mantener el proceso vigente y actualizado en sus datos será de un año, salvo en el supuesto de que se produzcan situaciones de nuevas autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad o de ampliación/modificación del ámbito territorial de las existentes, en cuyo caso será necesaria el arbitrio de un procedimiento excepcional.

2. A tal efecto, la Web de Repsol informará que, en las diferentes Delegaciones Provinciales de Repsol Butano y durante un plazo de un año a contar desde la fecha de la publicación, se pondrá a disposición de las empresas instaladoras los datos anteriormente referidos, que se entregarán a los interesados previa la comprobación de la inscripción en el registro correspondiente y la identificación de la persona que acuda en representación de la empresa instaladora. Dicha comprobación no excederá el plazo de 24 horas, salvo en supuestos excepcionales, que deberán poder ser justificados de forma suficiente.

3. Repsol Butano se somete al criterio de la AEPD y no solicitará el consentimiento de los clientes usuarios de las instalaciones de gas afectados y se limitará a darles la información a que se refiere la AEPD, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, con arreglo al procedimiento de exención establecido en el artículo 153 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se publica el Reglamento de desarrollo de la LOPD. De acuerdo con dicho procedimiento de exención, el plazo límite para que el proceso de cesión de datos comience será el 14 de diciembre de 2013.

4. La cesión de los datos de los clientes irá acompañada de una comunicación a los instaladores de las obligaciones que, a partir de la cesión, competen al instalador que

acceda a dichos datos, con arreglo a las normas aplicables (fundamentalmente artículos 4, 5.4, 9, y 20 de la LOPD).

5. Repsol Butano procederá a comunicar diligentemente a la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de los distintos hitos del procedimiento señalado en los apartados anteriores, así como a remitir todos los documentos utilizados por Repsol Butano para cumplir la intimación, tales como los textos que aparecerán en la página web de Repsol.

6. No se facilitará en el futuro ningún dato a ninguna empresa instaladora, ni a las empresas franquiciadas de Repsol Butano, salvo, en este último caso, las relativas a situaciones de emergencia, averías, consultas a petición de cliente o a petición de la Administración, siempre de forma excepcional y únicamente limitada a los datos individualizados a los que se refiere dicha situación y ello en base al contrato de prestación de servicios de averías suscrito con dichas entidades y al amparo de lo establecido en el artículo 12 de la LOPD.

8. Repsol Butano remitirá al inicio del procedimiento escrito a la asociación ASEINGAS informando sobre el procedimiento arriba establecido para la solicitud y consecución por sus asociados de los datos requeridos”.

15. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC).

16. El 5 de noviembre de 2013 la AEPD emitió Resolución autorizando la exención de la obligación de información del tratamiento consistente en la cesión de los datos del fichero CLIENTES ENVASADO a las entidades que lo soliciten a Repsol Butano, con los requisitos ya predeterminados en la consulta evacuada por el Gabinete Jurídico y otras adicionales relativas a las medidas compensatorias. Comunicada dicha Resolución por Repsol Butano a la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC, el 19 de noviembre de 2013 dicha Dirección emitió una Nota Complementaria al Informe Parcial de Vigilancia de 23 de septiembre de 2013, en la que se añadían las consideraciones efectuadas por la AEPD en su Resolución de 5 de noviembre de 2013, estimando que, a la vista de las mismas, el objeto de la presente vigilancia podría ser implementado de manera inmediata por Repsol Butano.

17. El Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en reunión del día 19 de diciembre de 2013.

18. Son interesados:

- TUBOGAS S.L.
- REPSOL BUTANO, S.A.
- ASEINGAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), la puesta en funcionamiento de la CNMC se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 41 de la LDC establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

A este respecto, el artículo 35 de la Ley 15/2007 reconoce entre las funciones de la Dirección de Investigación, *“c) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*, función ésta que a partir de la puesta en funcionamiento de la CNMC, el 7 de octubre de 2013, corresponde a la Dirección de Competencia, conforme a lo previsto en el art. 19, letra o) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC.

El artículo 71 del RDC, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007 precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación”*.

Por último, el artículo 20.5 de la Ley 3/2013 establece que el Consejo es el órgano competente para *“Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”* y según el artículo 14.1.a) del referido Real Decreto 657/2013 *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución.

En el presente expediente de vigilancia el Consejo deberá pronunciarse sobre si el procedimiento con el que la DI concluye su Informe Parcial de Vigilancia es adecuado o no para dar cumplimiento a la obligación impuesta a Repsol Butano en las Resoluciones del TDC de 7 de marzo de 2002 y de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007, esto es, que dicha empresa facilite a ASEINGAS el listado de sus suministrados al igual que hiciese con sus denominados "servicios oficiales".

Conviene por otro lado puntualizar que, una vez que ambas resoluciones han sido confirmadas por la Audiencia Nacional y posteriormente por el Tribunal Supremo, cualquier consideración con respecto al debido cumplimiento de dichas resoluciones sería improcedente, por lo no debe existir obstáculo alguno para que Repsol Butano cumpla con los pronunciamientos del TDC.

TERCERO.- De las modificaciones reglamentarias en la regulación de las actividades de revisión e inspección de las instalaciones de gas.

Parece relevante señalar que, tal y como comunicó Repsol Butano en la información que remitió a la DI con fecha de 11 de abril de 2013, se han producido determinadas modificaciones en el marco jurídico que regula la actividad de las revisiones e inspecciones de las instalaciones de gas. La novedad más importante fue la promulgación del Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11. En concreto, la revisión de instalaciones receptoras no alimentadas desde redes de distribución se encuentra regulada en la ITC-ICG 07, la cual tiene por objeto establecer los requisitos técnicos y las medidas de seguridad que deben observarse en el diseño, ejecución y utilización de las instalaciones receptoras de combustibles gaseosos, así como los requisitos de los locales que las contienen.

Esta norma mantiene en su punto 4 que “El titular de la instalación o en su defecto los usuarios, serán los responsables del mantenimiento, conservación, explotación y buen uso de la instalación de tal forma que se halle permanentemente en servicio, con el nivel de seguridad adecuado. Asimismo atenderán las recomendaciones que, en orden a la seguridad, les sean comunicadas por el suministrador. Las modificaciones de las instalaciones deberán ser realizadas en todos los casos por instaladores autorizados quienes, una vez finalizadas, emitirán el correspondiente certificado que quedará en poder del usuario”.

Así, la obligación de revisión periódica de las instalaciones receptoras no alimentadas desde redes de distribución, que corresponde a los titulares o, en su defecto, a los usuarios de dichas instalaciones, podrá encargarse utilizando para dicho fin los servicios de una empresa instaladora de gas autorizada de acuerdo con los requisitos establecidos en la ITC-IGC 09. Dicha revisión sigue siendo obligatoria cada cinco años. En cuanto al sistema seguido por Repsol Butano para la realización de dicho servicio de revisiones periódicas obligatorias, el cual sigue prestando a los usuarios que lo

deseen a través de su red franquiciada denominada SERVICIO OFICIAL REPSOL BUTANO (SORB), conviene resaltar que no se han operado cambios salvo unas modificaciones en el contrato de franquicia y en el contrato de averías, y el lanzamiento de dos nuevos servicios adicionales a estas revisiones obligatorias periódicas, como el Servicio Mantenimiento Plus y el Servicio Mantenimiento Básico.

En este sentido, el Consejo entiende, tal y como las Resoluciones de la autoridad de competencia y la Sentencias de las instancias judiciales confirmaron, que independientemente del sistema de revisiones establecido por Repsol Butano y de los cambios que en él pudieran haberse producido a causa de estas modificaciones reglamentarias, no existe razón alguna que obstaculice la obligación de dicha empresa de facilitar a ASEINGAS el listado de suministrados tal y como se hizo con su SORB.

CUARTO.- Sobre las alegaciones de Repsol Butano y las exigencias de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal para el cumplimiento de las Resoluciones del TDC.

Independientemente de que la dilación del procedimiento durante más de once años sea algo achacable o no a la voluntariedad de Repsol Butano por medio de la interposición de todos los recursos posibles y de la gran variedad de excusas reseñadas para no cumplir con el mandato judicial, tal y como señaló la DI, lo que a fin de cuentas trata de valorar este Consejo en la presente Resolución es si el procedimiento que la DI propone en su Informe Parcial de Vigilancia es adecuado o no para dar cumplimiento a la obligación impuesta a Repsol Butano en las Resoluciones del TDC de 7 de marzo de 2002 y de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007, o si por el contrario sería más apropiado para dicho fin el que expuso Repsol Butano con fecha 12 de junio de 2013, o deben realizarse modificaciones en alguno de los mismos. Una de las diferencias fundamentales entre un procedimiento y otro radica en las distintas fórmulas que se habilitan en ellos para la protección de los datos de carácter personal, cuestión por la cual se elevaron varias consultas a la AEPD, pues resulta innegable que la información objeto de cesión afecta a datos tales como la identidad y domicilio de los clientes usuarios de las instalaciones fijas de gas, que tienen la naturaleza de datos personales, por lo que su cesión a terceros está sometida a las exigencias de la LOPD y de su normativa de desarrollo.

Antes de proceder a cualquier análisis este Consejo desea destacar el pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto a la actual preocupación de Repsol Butano respecto al cumplimiento de la LOPD, ausente en anteriores actuaciones de dicha empresa respecto de sus franquiciadas. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de enero de 2013, en la cual se desestimaba como motivo de impugnación de Repsol Butano respecto a la Resolución del TDC de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 la posible infracción del artículo 11 de la LOPD que exige que conste el consentimiento expreso del interesado en supuestos de cesión de datos, afirmó confirmando el criterio de la Audiencia Nacional *“debemos convenir con la Sala de instancia que resulta incoherente que Repsol Butano S.A. denuncie la vulneración de la Ley de Protección de Datos en el cumplimiento de la obligación que le ha sido impuesta por el Tribunal de*

Defensa de la Competencia en el suministro de los datos mencionados a las empresas de la competencia, y sin embargo no haya advertido ninguna dificultad al transferir dichos datos a sus entidades franquiciadas. No obstante, esta Sala entiende que efectivamente no existe obstáculo legal para la objeción expuesta, habida cuenta de que el artículo 6 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales, habilita fórmulas para facilitar la información solicitando la oportuna autorización de los usuarios, quienes se hallan sometidos al régimen de revisiones periódicas y han de facilitar el cumplimiento de éstas".

Efectivamente Repsol Butano, con el objeto de proteger esos datos de carácter personal, propuso el 11 de abril de 2013 un procedimiento para dar cumplimiento a las resoluciones del TDC respecto del cual la DI elevó consulta a la AEPD. A raíz de dicha consulta, Repsol Butano el 12 de junio de 2013 presentó otro procedimiento en el cual se modificaba en parte el inicial.

Aunque en sus escritos de julio de 2013 Repsol Butano discrepa del criterio de la AEPD en cuanto se refiere a la falta de necesidad del consentimiento de los clientes afectados, este Consejo considera que la AEPD es el organismo encargado de velar por la correcta aplicación de la LOPD y si se ha venido elevando consultas al mismo es precisamente con la intención de no desoír su criterio. Así, entiende el Consejo, que del mismo modo que la DI rectificó su criterio con respecto a necesidad de solicitar exención del deber de información al interesado sobre el tratamiento de sus datos de carácter personal, Repsol Butano debe modificar el suyo cuando no coincida con el parecer reflejado por la AEPD en sus informes.

Sin necesidad de reproducir aquí al detalle los distintos procedimientos analizados y las alegaciones de las partes, finalmente el procedimiento que la DI admitió para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Resoluciones del TDC de 7 de marzo de 2002 y 10 de julio de 2007, es el presentado por Repsol Butano el 12 de junio de 2013, siempre y cuando se incluyeran en el mismo las siguientes modificaciones temporales y geográficas:

"1.- La Dirección de Investigación considera fundamental que el procedimiento ofertado por Repsol Butano para la cesión de determinados datos de clientes, más de once años después de que fuera obligada a ello por el extinto TDC, se publicite de una manera más agresiva y generalizada que la propuesta por la empresa.

Que la "web de Repsol informe que, en las diferentes Delegaciones Provinciales de Repsol Butano y durante un plazo de 30 días a contar desde la fecha de la publicación, se pondrá a disposición de las empresas instaladoras los datos anteriormente referidos..." parece una forma de dar a conocer la obligación de Repsol Butano claramente insuficiente, pues no resulta lógico deducir que las empresas instaladoras interesadas se puedan hacer eco de la noticia por esta vía. Por ello, entiende la Dirección de Investigación que, además de la referida publicación en la web, la difusión del procedimiento debería hacerse de forma directa a la Asociación denunciante en el expediente en cuestión, ASEINGAS, como mínimo, mediante escrito informativo del procedimiento establecido para la solicitud y consecución de los datos requeridos.

2.- En relación con el procedimiento a seguir, “.....en las diferentes Delegaciones Provinciales de Repsol Butano y durante un plazo de 30 días a contar desde la fecha de la publicación, se pondrá a disposición de las empresas instaladoras los datos anteriormente referidos, que se entregarán a los interesados....”, resulta excesivamente complejo para el supuesto de aquellos instaladores que, por actuar en un territorio superior al provincial, requieran los datos de varias delegaciones provinciales de Repsol.

Por ello, y en opinión de esta Dirección, debería habilitarse un sistema por el cual la empresa instaladora tuviera acceso directo e inmediato a la información de todos los usuarios del territorio donde ejerza su actividad, e incluso donde pudiera ejercerla en el futuro, como se expondrá a continuación.

3.- La Dirección de Investigación no considera necesarios determinados plazos temporales delimitados por Repsol Butano en el repetido procedimiento y, por el contrario, su supresión evitaría que se alargase más de lo estrictamente necesario el mismo, en unos casos, o que fuera innecesariamente apremiante en otros.

El tiempo del que ha dispuesto Repsol Butano para ejecutar las Resoluciones de 7 de marzo de 2002 y de 10 de julio de 2007 hacen que, a juicio de esta Dirección de Investigación, resulte absolutamente improcedente establecer límites temporales en estos momentos.

En este sentido, cuando Repsol Butano manifiesta que “A tal efecto, la Web de Repsol informará que, en las diferentes Delegaciones Provinciales de Repsol Butano y durante un plazo de 30 días a contar desde la fecha de la publicación, se pondrá a disposición de las empresas instaladoras los datos anteriormente referidos, que se entregarán a los interesados, previa la comprobación de la inscripción en el registro correspondiente y la identificación de la persona que acuda en representación de la empresa instaladora”, entiende la Dirección de Investigación que:

- el plazo de “30 días a contar desde la fecha de la publicación” al que Repsol pretende limitar el acceso de los interesados a la información, es innecesariamente limitado. Entiende esta Dirección que se trata de una información que permite una mayor competencia en el mercado de las revisiones de las instalaciones y por tanto no se considera apropiado que empresas instaladoras que puedan obtener su correspondiente autorización administrativa o deseen actuar en otra zona para la que posean autorización, tengan que verse privadas de la información de la que otros han dispuesto. Por ello, se considera necesario que la información esté disponible con un límite temporal de cinco años, pues ese es el período en el que como máximo el usuario tiene que proceder a su revisión.
- Por el contrario, el plazo de comprobación de los datos de la empresa solicitante y de su representante debería acotarse con el fin de evitar posibles dilaciones, considerando esta Dirección que un plazo de 24 horas, desde la solicitud de la empresa instaladora, podría ser suficiente a estos efectos.

4.- Asimismo, Repsol Butano manifiesta que “....este proceso solo se llevará a cabo en una ocasión, y no se facilitará en el futuro ningún dato a ninguna empresa instaladora....”, lo que impide que empresas instaladoras ya existentes que en el futuro deseen ampliar su ámbito territorial de actuación y recaben para ello la correspondiente autorización administrativa, se vean privadas de una información de la que otros sí

disponen y a la que tienen derecho. Igual sucede con empresas que, no ejerciendo actividad alguna en el momento de la cesión de los datos, la pudieran ejercer en el futuro. Por ese motivo, esta Dirección entiende que la obligación de Repsol Butano no debería limitarse a esa única vez que propone, debiéndose prorrogarse al menos por el plazo de los cinco años antes mencionados.

5.- La Dirección de Investigación tampoco considera pertinente la limitación geográfica realizada por Repsol Butano en el punto 3 del procedimiento en cuestión.

A juicio de esta Dirección, Repsol Butano ha interpretado de forma innecesariamente restrictiva la puntualización realizada por la Agencia Española de Protección de Datos cuando afirma que “la cesión debería limitarse a los datos de los clientes que se encontrasen en el ámbito geográfico en el que actuara cada uno de los instaladores”.

En este sentido, la equiparación por Repsol Butano del “ámbito geográfico de actuación de los instaladores” interesados al “domicilio social” de los mismos no parece apropiada, pues resulta evidente que un concepto no tiene que ser coincidente necesariamente con el otro.

A estos efectos, entiende la Dirección de Investigación que para promover la competencia en el mercado afectado, lo correcto no es facilitar exclusivamente la información que en su momento se dio al Servicio Oficial del domicilio social del instalador interesado. Dicho Servicio Oficial tiene un territorio asignado contractualmente. Por el contrario, las empresas instaladoras pueden desarrollar su actividad en cualquier zona donde estén autorizadas para ello. Esto lleva a la conclusión de que lo correcto es tomar como referencia geográfica aquella/s provincias en las que las empresas instaladoras desarrollen su actividad o puedan desarrollarla según su correspondiente autorización administrativa.

Por último, la Dirección de Investigación no consideraba necesario para comenzar el procedimiento de ejecución de lo dispuesto en las mencionadas Resoluciones la previa “solicitud a la Agencia Española de Protección de Datos de la exención del deber de información a los clientes” ya que dicha exención puede considerarse materialmente otorgada por el Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 20 de mayo de 2013 dirigido a Repsol Butano, y cualquier otra certificación formal del otorgamiento de dicha exención puede tramitarse no solo con carácter previo, sino en paralelo a la ejecución del citado procedimiento. Sin embargo, y teniendo en cuenta que ésta ya ha sido solicitada, se entiende que ello no obsta para que pueda, en su caso, iniciarse el procedimiento”.

De todas las anteriores consideraciones, la única que Repsol Butano admite en sus escritos de 24 y 30 de julio de 2013 es la relativa a que la difusión del procedimiento se realizara de forma directa a ASEINGAS, realizando sobre las restantes las siguientes alegaciones:

- Por lo que respecta al límite temporal de cinco años que la DI proponía para que la información estuviese disponible, Repsol Butano consideró que la DI había asociado erróneamente el plazo de cinco años por el que un cliente debía proceder a la revisión de su instalación con el plazo de cinco años en el que Repsol Butano debería tener disponible la información. Lo que Repsol Butano ofrecía era el plazo

de un mes desde que se hiciese pública la existencia de la remisión de datos para realizar la entrega de la información correspondiente a los listados de los usuarios sujetos a revisión en los próximos cinco años (que a fin de cuentas incluía a todos los usuarios ya que todos debían realizar esa revisión en dicho plazo) a cualquier instalador que lo solicitase, y como mucho ofrecía prolongar dicho plazo a 3 meses a contar desde la comunicación del inicio del procedimiento, lo cual le parecía razonablemente suficiente para que cualquier instalador pudiese disponer de la información de revisiones de las instalaciones de gas.

- Respecto a la propuesta de la DI de un plazo máximo de 24 horas para la comprobación de los datos de las empresas instaladoras, Repsol Butano no encuentra razón alguna para establecerlo ya que incluyó en su procedimiento que la comprobación de los datos de los instaladores sería inmediata una vez que el instalador de turno presente sus credenciales, por lo que, a salvo de posibles problemas puntuales, no debería haber problema para cumplir la exigencia de la DI.
- La extensión a cinco años de la vigencia del plazo durante el que Repsol Butano está obligada a la cesión de datos por parte de Repsol Butano a una única vez también es rechazada por la empresa, que la entiende inviable desde una perspectiva económica. Para Repsol Butano el sometimiento a una obligación indefinida de acceso a esta información, tal y como pretende la DI, teniendo en cuenta la posibilidad de que futuras empresas puedan verse afectadas en el caso de que decidiesen operar en el mercado de las revisiones de las instalaciones, o ampliar su ámbito geográfico no encuentra fundamentación y excede los términos de los informes emitidos por la AEPD. Según Repsol Butano el propio TDC en su Resolución de 10 de julio de 2007 establecía que no podía entrar en conducta de futuro a seguir por Repsol Butano en orden a negar todo tipo de información del mercado de revisión de las instalaciones, tanto a sus franquiciadas como a terceras empresas del sector y la propia AEPD en su informe de fecha 13 de mayo de 2013 cuando señala que para el caso de que Repsol Butano cese en la comunicación a las franquiciadas de los datos no será tampoco precisa su comunicación a los restantes operadores. Por ello sostiene Repsol Butano, una vez que cumpla con el procedimiento y proceda a ceder los datos de una sola vez a los instaladores interesados, habrá cumplido con la intimación contenida en las Resoluciones de 2002 y de 2007. A todo lo anterior, se añade de manera fundamental, el enorme coste que supondría para Repsol Butano el mantenimiento de la obligación de acceso a la información a las empresas instaladoras con carácter indefinido. Dedicó Repsol Butano un nuevo escrito de alegaciones de fecha 30 de julio de 2013 a este asunto, exponiendo un estudio de costes que justifica sus manifestaciones cifrados en 8.250.000 € de costes de personal y 660.000 de costes en material de oficina por un periodo de cinco años frente a los 412.000 € de costes de personal y 165.000 € de costes de material de oficina por un periodo de tres meses, propuesto como alternativa por Repsol Butano.
- Repsol Butano rechaza también la propuesta de la DI para extender el límite geográfico de la información a proporcionar por Repsol a las provincias en las que

las empresas instaladoras desarrollen su actividad o puedan desarrollarla según su correspondiente autorización administrativa frente a facilitar exclusivamente la información que en su momento se dio a las empresas franquiciadas del servicio oficial. A juicio de Repsol Butano esta ampliación va más allá del mandato incluido en la Resolución administrativa, generaría grandes dificultades en la ejecución del procedimiento, creando inseguridad jurídica y es desproporcionada de cara a la protección de los derechos de los clientes de Repsol Butano en relación con sus datos de carácter personal. A este respecto señala que tanto la AEPD en el Informe de 13 de mayo de 2013 de su Gabinete Jurídico señala *"la cesión de los datos debería limitarse a los datos de los clientes que se encontrasen en el ámbito geográfico en el que actuara cada uno de los instaladores"*. Y según lo previsto en la propia Resolución del TDC de 10 de julio de 2007 si Repsol Butano ha de proporcionar *"idéntica y la misma información"* que entrega a sus franquiciadas, la entrega de listados con un alcance geográfico más amplio que el que facilita a sus propios Servicios Oficiales, discriminaría a éstos en perjuicio del resto de instaladores, situación a la que Repsol Butano no puede verse abocada.

- Por último, Repsol Butano pone de manifiesto que la postura de la DI respecto a la solicitud de Repsol Butano a la AEPD en relación con la exención del deber de información a los clientes resulta contraria a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, y en ningún caso el Informe de la AEPD de 20 de mayo de 2013 puede considerarse como una tácita aprobación de la exoneración del deber de información solicitado por Repsol Butano, señalando que hasta no obtener la expresa autorización de la Agencia, Repsol Butano no está autorizado para ceder los datos de los clientes.

La valoración que la DI realiza de estas alegaciones en su Informe Parcial de Vigilancia de 23 de septiembre de 2013 es la siguiente: *"después de valoradas las alegaciones de Repsol Butano, la Dirección de Investigación estima que el procedimiento que se ajustaría a la apertura de mercado pretendida y a la supresión de la distorsión que del mismo se produjera en determinado momento debido a la actuación anticompetitiva de Repsol Butano, contendría los siguientes hitos:*

- 1.- Puesta a disposición de los instaladores de la información a través de las Delegaciones Provinciales de Repsol Butano.*
- 2.- Establecimiento del plazo de un año para que dichos instaladores interesados tomen conocimiento del ofrecimiento de remisión de datos por parte de Repsol Butano, hagan manifiesto su interés en acceder a los mismos y efectivo ese acceso.*
- 3.- Comprobación de los datos identificativos y credenciales de los instaladores autorizados limitada a un plazo de 24 horas se considera, como admite la propia empresa, ajustada a la mayoría de los casos y a las condiciones habituales que puedan presentarse. Solo en el supuesto de que, por razones excepcionales o problemas puntuales, no pueda realizarse esa comprobación, podrá prorrogarse al plazo antes señalado.*
- 4.- Establecimiento de una limitación geográfica general que toma como referencia la provincia/s en la que cada una de las empresas instaladoras interesadas desarrollen su actividad, en consideración a que, precisamente la ausencia de limitaciones*

geográficas para estos instaladores, permite una promoción de la competencia efectiva en el mercado.

5.- Supresión del plazo mínimo de cinco años para el mantenimiento de la obligación de Repsol Butano de acceso a la información a las empresas instaladoras de nueva creación, o aquellas otras que amplíen su ámbito geográfico de actuación. En su lugar, dicha obligación se entenderá cumplida y, por tanto, acorde con el mandato de las Resoluciones objeto de la presente vigilancia, si la información a facilitar se mantiene disponible durante un año, actualizándose mensualmente. Respecto de las posibles solicitudes que pudieran presentarse por empresas que obtuviesen la autorización administrativa al efecto en los años posteriores, o que modificasen o ampliaran su ámbito geográfico de actuación, deberá estarse a la actuación que Repsol haga con sus propios servicios oficiales o resto de empresas del mercado.

6.- Establecimiento, con carácter supletorio, y para el supuesto de que la AEPD no haya concedido exención expresa anteriormente, de un plazo de seis meses de carencia para el inicio del proceso implementado para la cesión de los datos a los instaladores interesados. Dicho plazo es el que dispone la ASPD para contestar a la solicitud de exención del deber de información a los clientes presentada por Repsol Butano ante dicho organismo con fecha 14 de junio de 2013. Por ello, terminaría el 14 de diciembre de 2013”.

Tras analizar las alegaciones que hizo Repsol Butano en sus escritos de 24 y 30 de julio y la contestación a las mismas realizada por la DI, este Consejo considera que la DI valoró las mismas de forma adecuada y que por ello el procedimiento con el que concluye su informe parcial de vigilancia de 23 de septiembre de 2013 en el cual se reflejan determinadas puntualizaciones de Repsol Butano, es apto con algunas modificaciones para dar cumplimiento a las Resoluciones del TDC de 7 de marzo de 2002 y de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007.

En lo que respecta a la solicitud de exención del deber de información al interesado sobre el tratamiento de sus datos de carácter personal, la DI cambió su criterio y siguió las aclaraciones dadas por la AEPD en su informe de 20 de septiembre de 2013. Igualmente y con respecto a esta cuestión la actual DC emitió una nota complementaria al anterior informe parcial de vigilancia, una vez que recibió la Resolución de la AEPD por la que se autorizaba la exención de la obligación de información del tratamiento consistente en la cesión de datos del fichero “clientes envasado” a las entidades que lo solicitasen a Repsol Butano. En dicha nota complementaria de 19 de noviembre de 2013 la DC consideró que dado que la AEPD ya ha emitido resolución eximiendo a Repsol Butano de la obligación de informar con carácter previo a los clientes de la cesión de sus datos a las empresas instaladoras que así lo soliciten, el procedimiento que finalmente este Consejo pueda adoptar para dar cumplimiento a las Resoluciones de 7 de marzo de 2002 y de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 objeto de la presente vigilancia, podrá ser implementado de manera inmediata por Repsol Butano. Igualmente respecto a los datos a ceder "consistentes en nombre y apellidos, domicilio y fecha de la última revisión de gas de su instalación", se considera adecuado el criterio expresado por la AEPD respecto a que debería añadirse el dato referido al número de teléfono del cliente.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentario citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que el procedimiento definitivo de cumplimiento de la obligación impuesta a Repsol Butano en las Resoluciones de 7 de marzo de 2002 y de Incidente de Ejecución de 10 de julio de 2007 será el siguiente:

1. Repsol Butano pondrá a disposición de las empresas instaladoras inscritas en los Registros correspondientes de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas o Ciudades Autónomas, los datos correspondientes al nombre y apellidos, domicilio, teléfono y fecha de la última revisión de los clientes de la provincia/s donde el instalador en cuestión esté autorizado a desarrollar su actividad.

La obligación para Repsol Butano de mantener el proceso vigente y actualizado en sus datos será de un año, salvo en el supuesto de que se produzcan situaciones de nuevas autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad o de ampliación/modificación del ámbito territorial de las existentes, en cuyo caso el Consejo de la CNMC resolverá de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

2. A tal efecto, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución la página web de Repsol publicará una comunicación en la que se recoja el contenido de la presente Resolución, informando que, en las diferentes Delegaciones Provinciales de Repsol Butano y durante el plazo de un año a contar desde la fecha de su publicación en la web, se pondrá a disposición de las empresas instaladoras los datos anteriormente referidos, que se entregarán a los interesados previa la comprobación de la inscripción en el registro correspondiente y la identificación de la persona que acuda en representación de la empresa instaladora. Dicha comprobación no excederá el plazo de 24 horas, salvo en supuestos excepcionales, que deberán poder ser justificados de forma suficiente ante la Dirección de Competencia.

La publicación de la comunicación e información referida en la página web de Repsol se realizará de forma continuada durante el plazo de un año, manteniéndose durante todo este periodo visible en el mismo formato de su publicación inicial.

3. Repsol Butano se somete al criterio de la AEPD y no solicitará el consentimiento de los clientes usuarios de las instalaciones de gas afectados y se limitará a darles la información a que se refiere la AEPD, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, con arreglo al procedimiento de exención establecido

en el artículo 153 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se publica el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

4. La cesión de los datos de los clientes irá acompañada de una comunicación a los instaladores de las obligaciones que, a partir de la cesión, competen al instalador que acceda a dichos datos, con arreglo a las normas aplicables (fundamentalmente artículos 4, 5.4, 9, y 20 de la LOPD).
5. Repsol Butano procederá a comunicar diligentemente a la Dirección de Competencia de la CNMC el cumplimiento de los distintos hitos del procedimiento señalado en los apartados anteriores, así como a remitir todos los documentos utilizados por Repsol Butano para cumplir la intimación, tales como los textos que aparecerán en la página web de Repsol y el texto de la comunicación a los instaladores de las obligaciones que le competen.
6. Transcurrido el plazo de un año previsto en el apartado 2 no se facilitará en el futuro ningún dato a ninguna empresa instaladora, ni a las empresas franquiciadas de Repsol Butano, salvo, en este último caso, las relativas a situaciones de emergencia, averías, consultas a petición de cliente o a petición de la Administración, siempre de forma excepcional y únicamente limitada a los datos individualizados a los que se refiere dicha situación y ello en base al contrato de prestación de servicios de averías suscrito con dichas entidades y al amparo de lo establecido en el artículo 12 de la LOPD.
7. Repsol Butano remitirá al inicio del procedimiento escrito a la asociación ASEINGAS informando sobre el procedimiento arriba establecido para la solicitud y consecución por sus asociados de los datos requeridos.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.