

RESOLUCIÓN

Expte. S/0646/18 NORTEGAS Y EMPRESAS COLABORADORAS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 1 de septiembre de 2020.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0646/18 NORTEGAS Y EMPRESAS COLABORADORAS, tramitado ante la denuncia formulada por la Asociación Empresarial de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y afines de Vizcaya (**AFONVI**), en el que se denunciaba la política de la empresa NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. por supuestas prácticas que podrían constituir una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y/o del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	3
II.	LAS PARTES	4
III.	MERCADO AFECTADO	5
IV.	HECHOS DENUNCIADOS E INVESTIGADOS	8
	1. Hechos denunciados.....	8
	2. Información aportada por NORTEGAS	10
V.	FUNDAMENTOS DE DERECHO	12
	PRIMERO. - Competencia para resolver	12
	SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor	13
	TERCERO.- Sobre la confidencialidad solicitada por NORTEGAS	13
	CUARTO.- Valoración de la Sala de Competencia	14
	4.1. Posición de dominio de NORTEGAS	15
	4.2. Actuaciones de NORTEGAS	16
	a) Sobre los requisitos exigidos por NORTEGAS	18
	b) Sobre las ayudas otorgadas por NORTEGAS	19
	c) Sobre las obligaciones de las empresas colaboradoras de NORTEGAS 20	
	4.3. Conclusión	21
	HA RESUELTO	22

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 30 de octubre de 2017 la Dirección de Investigación de la Autoridad Vasca de Competencia (AVC) recibió un escrito de la Asociación Empresarial de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y afines de Vizcaya (AFONVI), en el que se denunciaba la política de la empresa NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. (NORTEGAS) para la selección de empresas instaladoras de gas como “colaboradoras”.
2. El 18 de enero de 2018 la AVC remitió el caso a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en aplicación de lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, dado que tras el análisis de la información apreció una conducta cuyos efectos trascendían el ámbito geográfico del País Vasco.
3. El 27 de febrero de 2018 la Dirección de Competencia (DC) inició una información reservada (folio 1) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de indicios que justificasen la incoación de un expediente sancionador, incorporándose toda la información remitida por la AVC al presente expediente (folios 2 al 28).
4. El 14 de marzo de 2019 la DC envió un requerimiento de información a NORTEGAS (folios 29 a 31) que solicitó, con fecha 20 de marzo de 2019, una ampliación de información de la denuncia y del plazo de contestación (folios 65 a 67).

La DC atendió a ambas solicitudes mediante acuerdo de 25 de marzo de 2019 (folios 68 a 70).

El 8 de abril de 2019 NORTEGAS contestó a la solicitud de información (folios 77 a 113), solicitando la confidencialidad de toda la información, sin aportar versión censurada.

5. Con fecha 31 de enero de 2020, la DC remitió un nuevo requerimiento de información a NORTEGAS (folios 114 a 120), que fue contestado por la empresa el 21 de febrero de 2020, solicitando la confidencialidad de su escrito y sin aportar versión censurada (folios 130 a 143).
6. Con fecha 21 de mayo de 2020, la DC propuso la no incoación del procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones seguidas, de acuerdo con el artículo 49.3 de la LDC.

7. El 27 de mayo de 2020, tuvo entrada en la CNMC escrito de NORTEGAS de la misma fecha en el que solicitaba la confidencialidad de determinados datos contenidos en sus respuestas a los requerimientos de la DC de 14 marzo de 2019 y 31 de enero de 2020.
8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 1 de septiembre de 2020.

II. LAS PARTES

Son partes en el presente expediente los siguientes operadores:

1. DENUNCIANTE: Asociación Empresarial de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y afines de Vizcaya (AFONVI).

AFONVI, con sede en Bilbao (Vizcaya), es una asociación empresarial no lucrativa que agrupa a empresas y profesionales del sector de las instalaciones de agua y energía de Vizcaya. Se constituyó el 1 de abril de 1979 y se encuentra formada por empresarios, personas físicas o jurídicas, que prestan servicios en el sector del agua, gas, calefacción y afines.

2. DENUNCIADA: NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN S.A. (NORTEGAS).

NORTEGAS, con sede social en Bilbao (Vizcaya), es una empresa de distribución de gas natural, que opera en el País Vasco, en Asturias y en Cantabria. También está presente en la actividad de distribución y suministro de gas licuado de petróleo (GLP) canalizado en dichas regiones, y presta algunos servicios auxiliares relacionados con los negocios de gas natural y gases licuados del petróleo.

Está controlada por el fondo de inversión de responsabilidad limitada IIF INT'L HOLDING L.P., especializado en inversiones a largo plazo en infraestructuras en países OCDE.

AFONVI se refiere a ella como NATURGAS, en referencia a Naturgas Energía Distribución S.A.U., que fue su denominación histórica hasta su modificación en septiembre de 2017.

El Grupo Nortegas, con 948.047 puntos de suministro, es la segunda compañía distribuidora en España, siendo mayoritaria en Asturias, País Vasco y Cantabria, según datos del Informe de supervisión del mercado de gas natural en España de 2018 de la CNMC¹.

¹ <https://www.cnmc.es/expedientes/isde00719-0>.

III. MERCADO AFECTADO

1. Mercado de producto

La práctica denunciada tiene lugar en el mercado de la instalación de infraestructuras receptoras de gas alimentadas desde las redes de distribución.

En España, según el *Estudio de la CNMC sobre el mercado de inspecciones de instalaciones receptoras de gases combustibles por canalización, de marzo 2015 (E/CNMC/001/15)* existen aproximadamente 23.000 empresas instaladoras que realizan actividades en los sectores de gas, calefacción, aire acondicionado, electricidad, saneamiento, fontanería, protección contra incendios y energías renovables.

El sector se compone principalmente de pequeñas y medianas empresas, con un tamaño medio de cinco trabajadores en plantilla, empleando a un total de 120.000 personas.

El 65% de estas empresas, alrededor de 15.000, no se dedican exclusivamente a la realización de instalaciones de gas natural, pero se encuentran habilitadas para realizar la inspección periódica de instalaciones de gas.

Según el Registro Integrado Industrial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo², en la actualidad existen 1.659 empresas instaladoras de gas en el País Vasco, 434 en Asturias y 211 en Cantabria.

En cuanto a la demanda, se trata de consumidores de gas tanto de carácter doméstico como empresarial. Según el *Informe de supervisión del mercado de gas natural en España de 2018*³, en España, hay cerca de ocho millones de puntos de suministro de gas natural, que han ido creciendo en torno a 100.000 al año en la última década. Cabe matizar que entre 2002 y 2007 se registró un crecimiento importante que representó entre 300.000 y 400.000 nuevos clientes netos al año, dado al crecimiento del parque de viviendas en España en más de 2.500.000 de nuevas viviendas. Sin embargo, a partir de 2008 el crecimiento neto de clientes se redujo de manera significativa, situándose por debajo de 100.000 clientes netos desde 2011, como consecuencia del menor ritmo de crecimiento del parque de viviendas. Dicho crecimiento se ha debido bien a la transformación de puntos de suministro de gases licuados del petróleo (GLP) canalizado a gas natural bien a nuevas instalaciones.

En relación con la transformación de puntos de suministro, la conversión de redes de GLP a gas natural incrementó el número de clientes en esos años, a

² <https://sedeaplicaciones.minetur.gob.es/RII/consultaspublicas/ConsultaInstaladores.aspx>

³ <https://www.cnmc.es/sites/default/files/2647322.pdf>

pesar de la menor actividad en la construcción de viviendas nuevas y la ralentización en la captación de nuevos municipios de gas. Cabe destacar que desde 2016 se ha producido la venta de los activos de distribución de GLP por canalización de Repsol y Cepsa a varias empresas distribuidoras de gas natural (NATURGY, REDEXIS, EDP y GAS EXTREMADURA)⁴, lo que ha motivado una aceleración en la conversión de estas redes a nuevos puntos de suministro de gas natural. Entre 2016 y 2018, se estima que se han transformado unos 110.000 puntos de suministro de GLP canalizado a gas natural, principalmente en 2017 y 2018 (a unos 45.000 – 50.000 clientes al año).

Este proceso de transformación de las instalaciones de suministro de GLP a gas natural ha venido siendo promovido también desde las Administraciones Públicas, en gran medida debido al menor impacto ambiental del gas natural y a su mayor eficiencia, en un mercado liberalizado. Así, el anexo X de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, establece una retribución por distribución mayor durante un periodo de cinco años en los municipios de gasificación reciente respecto a la que ya tienen asignada los municipios que ya disponían de gas natural. Para el mercado captado en términos municipales de gasificación reciente, se establece una retribución incentivadora por cliente conectado a presión igual o inferior a 4 bar, lo que explica el interés de las distribuidoras por intentar crecer en nuevas poblaciones.

El distribuidor tiene un papel relevante en la transformación de puntos de GLP a gas natural, ya que es el que determina las alternativas de suministro disponible. Así, el distribuidor toma la decisión, generalmente en colaboración con el municipio o incluso a iniciativa del municipio, de transformar el suministro de GLP a gas natural en cada zona o municipio. En aquellas zonas donde hay opción tanto de gas natural como de GLP, la decisión de pasar de GLP a gas natural puede igualmente tomarse por las comunidades de vecinos, siempre que sea técnicamente posible.

2. Mercado geográfico

La habilitación para realizar la instalación de infraestructuras receptoras de gas corresponde a las Comunidades Autónomas. No obstante, una vez concedida dicha habilitación, la actividad puede llevarse a cabo en todo el territorio nacional. A lo anterior ha de añadirse que existe normativa nacional de aplicación a todas las instalaciones. Ambas circunstancias facilitan que las instaladoras estén activas en varias Comunidades Autónomas.

⁴ Entre otros, C/0986/18 REDEXIS/CEPSA GLP 2 y C/1098/20 REDEXIS/CEPSA GLP 3

Por todo ello, desde el punto de vista geográfico, el mercado de la instalación de infraestructuras receptoras de gas alimentadas desde las redes de distribución tendría un alcance equivalente, al menos, al ámbito de las Comunidades Autónomas. No obstante, no puede descartarse la posibilidad de que sea más amplio, de que la dinámica competitiva en este mercado supere el ámbito de la CCAA y alcance carácter regional, o sea incluso nacional.

3. Marco normativo

La regulación normativa de la actividad de instalación de gas se encuentra recogida en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH) y desarrollada por el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos, aprobado por Real Decreto 919/2006, de 28 de julio. De este último cabe destacar sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11 y, en especial, la Instrucción Técnica Complementaria ITC-IGC 09.

La ITC-IGC 09 viene referida a los instaladores y empresas instaladoras de gas, recogiendo las definiciones, categorías y requisitos que deben cumplir éstos para la puesta en marcha y adecuación de aparatos, así como las operaciones que pueden realizar. En relación con los requisitos necesarios para que las empresas puedan establecerse como empresas instaladoras de gas, la ITC-IGC 09 señala que deberán presentar una Declaración Responsable previa al inicio de la actividad ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que se vayan a implantar.

La declaración responsable habilita por tiempo indefinido a la empresa instaladora de gas, desde el momento de su presentación ante la administración competente, para el ejercicio de la actividad en todo el territorio español, sin que puedan imponerse requisitos o condiciones adicionales.

La empresa, por su parte, deberá cumplir los requisitos técnicos y de seguridad que se establecen en la ITC-IGC 09 durante todo el tiempo que ejerza la actividad.

En cuanto a los distribuidores, la LSH los define como las sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo y añade que podrán construir, mantener y operar instalaciones de la red de transporte secundario.

IV. HECHOS DENUNCIADOS E INVESTIGADOS

1. Hechos denunciados

AFONVI denuncia a NORTEGAS, distribuidora de gas en Asturias, Cantabria y País Vasco, por supuestas prácticas que podrían constituir una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En concreto, denuncia los requisitos que NORTEGAS ha establecido para atribuir a las empresas instaladoras de gas la condición de empresa “colaboradora” de NORTEGAS. Junto a su escrito de denuncia aporta copia del documento “*Condiciones para incorporarse como EEl colaboradora*” (folio 11) de NORTEGAS, en el que se recogen las condiciones para convertirse en colaboradora suya, señalando entre otras que habrán de disponer de:

- *1 Comercial con dedicación exclusiva a labores comerciales*
- *25 altas anuales*
- *Oficina comercial en el caso de que opte a comercializar un Nuevo Núcleo de población*
- *Utilización de la herramienta informática "Giscat" de sistema de información geográfica de redes de Naturgas e información de catastro.*

Si bien señala que dicha condición conlleva una serie de obligaciones también indica que supone ventajas como, por ejemplo, ayudas económicas y acceso a la herramienta de información Giscat.

AFONVI afirma que la empresa instaladora colaboradora de NORTEGAS se encarga de tramitar las ayudas económicas que NORTEGAS ofrece a los clientes finales, pero también recibe los apoyos económicos directos ofrecidos por NORTEGAS a sus colaboradoras.

También denuncia AFONVI que NORTEGAS facilita a sus entidades colaboradoras información relativa a demandantes de servicios de instalación de gas en el área geográfica donde opera la empresa de instalación y también acceso a la aplicación informática Giscat, donde se recoge la información relativa a las instalaciones de fincas y viviendas, tanto de gas natural como de otros combustibles. Alega que las empresas que no son reconocidas como colaboradoras no tienen acceso a estos beneficios.

AFONVI entiende que el establecimiento de tales requisitos y ventajas es una práctica contraria a la normativa de competencia, puesto que las empresas instaladoras que no son colaboradoras de NORTEGAS no pueden competir con las colaboradoras en igualdad de condiciones.

Si bien reconoce que la mayoría de los requisitos son genéricos, hace hincapié en uno que considera que discrimina a un porcentaje elevadísimo del sector de las instalaciones del País Vasco: el de disponer de un comercial profesional en plantilla.

Según AFONVI, una empresa colaboradora de NORTEGAS puede captar clientes a través de tres vías:

- (i) por acciones comerciales que realice a partir de los datos a los que se le da acceso al adquirir la condición de colaboradora, ya que no existe ninguna base de datos al que cualquier instaladora pueda acceder;
- (ii) por acciones comerciales de la propia distribuidora, que darían lugar a instalaciones que se asignarían a una empresa colaboradora en función del área geográfica; y,
- (iii) cuando la distribuidora redirigiera clientes a un colaborador, según la denunciante, en detrimento de las instaladoras a las que no se hubiera aceptado como entidades colaboradoras por NORTEGAS.

Pero, además, AFONVI denuncia que las empresas colaboradoras de NORTEGAS no sólo reciben comisiones o premios ligados a las altas de gas y conversiones, sino que, además, pueden ofrecer los incentivos económicos y descuentos que NORTEGAS ofrece a los usuarios en el caso de captación de nuevas instalaciones de gas natural. De este modo, los apoyos económicos que se ofrecen por diferentes conceptos pueden llegar a los 668€, en el caso de instalación en las llamadas “viviendas negativas”, y a los 1.080€, en el caso de despropanización. Según la denunciante, estas cifras representan una proporción elevada del coste de estos trabajos para el usuario, en concreto, entre un tercio y el total del coste de la instalación, ya que puede llegar a ser gratis para el consumidor final. Estos apoyos económicos para el usuario dependen del estado de la instalación y son ingresados por la distribuidora a la colaboradora, que a su vez realiza la devolución al usuario, una vez verificada el alta del gas del usuario en cuestión.

La denunciante indica que no existe un registro público de entidades colaboradoras de NORTEGAS, pero estima que, pese a no ser muy numerosas, estarían copando hasta un 60% del total de las instalaciones de gas realizadas en el País Vasco.

En síntesis, AFONVI denuncia que:

- (i) los requisitos establecidos por NORTEGAS para ser empresa colaboradora discrimina a un porcentaje elevadísimo del sector de las

instalaciones, en particular, el tener que contar con un comercial en plantilla; y,

- (ii) una empresa instaladora no colaboradora no puede competir en condiciones de igualdad dado que los beneficios económicos que perciben las colaboradoras les permiten ofrecer grandes descuentos al cliente final, lo que limita las posibilidades de captar clientes del resto de empresas instaladoras.

2. Información aportada por NORTEGAS

Según la información aportada por NORTEGAS en contestación al requerimiento realizado por la Dirección de Competencia (folios 77 a 113) no existe un procedimiento formalizado para el reconocimiento de una empresa instaladora como colaboradora.

NORTEGAS señala que tenía establecidas dos “orientaciones” para designar a una empresa como entidad colaboradora suya: 1) contar con un empleado o autónomo que desempeñe tareas comerciales; y 2) tener un mínimo de 24 altas de gas natural en un periodo de 12 meses (esta condición fue ya retirada al inicio de 2019). NORTEGAS señala que no se trata de requisitos estrictos, como demuestra el hecho de que se han aceptado todas las solicitudes de colaboración presentadas, incluso de empresas que no cumplían con alguno de estos dos requisitos.

Respecto al primer requisito, el referido a la necesidad de contar con un empleado que desempeñe tareas comerciales, NORTEGAS indica que tiene por finalidad involucrar a las empresas colaboradoras en las campañas de captación de nuevos puntos de suministro, y señala que, a su juicio, no existe opción alternativa menos restrictiva. No obstante, NORTEGAS señala que dicha condición no requiere que esa persona se encuentre en plantilla en el momento de la solicitud, solamente un compromiso de contratación, que puede ser de una persona interna a la empresa, o externa. Tampoco se exige que esa persona se dedique a tareas comerciales en exclusiva, ni que desarrolle tareas comerciales solo para NORTEGAS, pudiendo realizar otras actividades. Por último, NORTEGAS ofrece una ayuda de [500-1.000] euros al mes durante 6 meses para sufragar el coste de dicho comercial.

Respecto al segundo requisito, tener un mínimo de 24 altas de gas natural en 12 meses, NORTEGAS eliminó dicho requisito desde el 1 de enero de 2019, aunque se trataba de una mera orientación, habiéndose admitido a empresas colaboradoras que no lo alcanzaban.

NORTEGAS⁵, igualmente, informa que en octubre de 2019 lanzó un programa nuevo de colaboración, que solo requiere que el colaborador remita un documento de alta y un certificado de titularidad de la cuenta corriente. Este tipo de colaborador lo denomina como '*colaborador instaline*', y no tiene obligación de realizar labores comerciales activas. Según informa NORTEGAS, 300 empresas se han dado de alta como colaborador *instaline*. Así, la modalidad de colaboración referida previamente, que requiere un comercial en plantilla, ha pasado a denominarse "colaborador *Premium*".

Respecto de las ayudas económicas que ofrece, NORTEGAS distingue, por un lado, las ayudas a los nuevos clientes y, por otro, las ayudas a las entidades colaboradoras.

Entre las dirigidas a los nuevos clientes se encuentran: (i) las campañas IRIs (instaladoras receptoras individuales) en viviendas que carecían de ellas, entre [0-500] y [250-800] euros; (ii) bienvenida: ayuda de [0-400] euros; y, (iii) cesiones de uso para IRC (instalaciones receptoras comunes de gas) hasta [500-1.000] euros.

Y entre las dirigidas a las entidades colaboradoras se distinguen: (i) apoyos a las actividades comerciales de las empresas colaboradoras: comisiones por cada alta que realizan, según el consumo previsto y las características de la instalación; (ii) premios anuales de entre 1.000 y 5.000 euros al año; (iii) ayuda a la contratación de nuevos comerciales de [500 - 1.000] euros al mes durante los primeros seis meses para la contratación de una persona que desarrolle actividades comerciales; (iv) ayuda a la adquisición de *tablets* de [0 - 400] euros por *tablet* para alimentar las bases de datos en movilidad; y, (v) apoyo de marketing, incluyendo el abono de soportes, colaboración en campañas (sobre todo, de radio) y apoyo en la compra de materiales.

Asimismo, NORTEGAS informa que las empresas colaboradoras contaron con un apoyo económico medio por alta entre [0 - 500] euros de 2015 a 2017, y de [500 - 1.000] euros en 2018 e indica que las ayudas varían en función de las campañas concretas que, en cada momento, se realicen de acuerdo a su estrategia comercial, sin que estas ayudas económicas deriven de ninguna disposición legal.

En cuanto a las diferencias por tipo de colaborador tras la introducción del programa *instaline*, NORTEGAS indica que los colaboradores, ya sean *Premium* o *instaline*, reciben la misma comisión por alta, que en febrero de 2020 era de 250 euros. Ambos tipos de colaboradores también se benefician del canal de comunicación de NORTEGAS, y tienen acceso a la misma información. La diferencia estriba en que los *Premium* pueden beneficiarse, además, de los

⁵ Escrito de contestación de NORTEGAS al segundo requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 133 a 142). CONFIDENCIAL

incentivos específicos de las campañas comerciales de NORTEGAS, si bien también deben participar activamente en labores comerciales que incluyen atender citas y registros de potenciales clientes, y remitir informes mensuales a NORTEGAS con datos de captaciones, mercados y campañas aplicadas.

Cada tipo de empresa, por tanto, selecciona el modelo de colaboración que mejor se adapta a su modelo de negocio.

Según los datos aportados por NORTEGAS, el número de altas de instalaciones de gas natural realizadas por sus empresas colaboradoras se ha situado entre un [10% - 20 %] del total de las altas realizadas en el País Vasco entre 2015 y 2018, y sube hasta el entorno del [20% - 30%] en total en Asturias y Cantabria en 2019 por el lanzamiento del programa de colaboración instaline. Por tanto, según NORTEGAS, no es correcta la afirmación de AFONVI respecto de la cuota del 60% de las colaboradoras de NORTEGAS.

NORTEGAS señala que no ha rechazado ninguna solicitud de empresa instaladora para ser colaboradora. Asimismo, aporta un listado de las empresas colaboradoras de NORTEGAS, así como el modelo de contrato que se suscribe con las empresas colaboradoras.

Por último, NORTEGAS también indica que no opera directamente, ni a través de empresas de su mismo grupo, en el mercado de instalación de gas, ni tampoco ofrece precios recomendados, mínimos o máximos a los instaladores (colaboradores o no colaboradores).

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

Asimismo, el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que “*La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio*”.

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

SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

Resulta, por tanto, necesario analizar las prácticas denunciadas en orden a concluir si en el presente expediente se confirma la ausencia de indicios de una conducta anticompetitiva, tal y como propone la DC o si, por el contrario, en dichas actuaciones se aprecian indicios de infracción del artículo 2 de la LDC y/o del artículo 102 del TFUE, como denuncia AFONVI, consistentes en un posible abuso de posición de dominio que motiven la incoación de expediente sancionador.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: “ 1. *Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”.*

En la propuesta de archivo de 21 de mayo de 2020, la DC propone a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC. Todo ello sin perjuicio de que, ante el conocimiento de nuevos elementos acreditativos o de indicios de posibles prácticas anticompetitivas pueda, en su caso, decidir la incoación del correspondiente expediente sancionador.

TERCERO.- Sobre la confidencialidad solicitada por NORTEGAS

Mediante escrito de 27 de mayo de 2020, NORTEGAS solicitó la confidencialidad de determinados datos contenidos en sus respuestas a los requerimientos de la DC de 14 marzo de 2019 y 31 de enero de 2020 (folios 166 a 185).

En la medida en que tales peticiones se refieren a información sensible en relación con altas de empresas colaboradoras, importes de ayudas económicas, peso de las instaladoras colaboradoras en el mercado, cuotas de mercado y datos similares, se accede a declarar confidencial dicha información.

CUARTO.- Valoración de la Sala de Competencia

Las prácticas denunciadas podrían ser susceptibles de ser calificadas como una conducta prohibida por el artículo 2 de la LDC y/o del artículo 102 del TFUE.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación nº 4495/1998), realizó las siguientes consideraciones en torno al artículo 6 de la Ley 16/1989 (equivalente al artículo 2 de la actual LDC):

“A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz)”.

Dicho lo anterior, en el ámbito de la Unión Europea, la sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera), ha señalado que:

“En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los

comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)”.

En este mismo sentido se han pronunciado tanto los extintos TDC y CNC como la actual CNMC, que han venido a señalar que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando posee poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las reacciones de sus proveedores y ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto⁶.

En atención a ello, a los efectos de acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de NORTEGAS en el mercado afectado es necesario analizar los elementos esenciales de los artículos citados, cuya concurrencia se torna en obligatoria para la consideración de la infracción. Estos elementos son la posición de dominio de NORTEGAS en el mercado en el que se produce la conducta aquí analizada y la explotación abusiva de esa posición que impide el mantenimiento del grado de competencia existente o su desarrollo, e incluso elimina ese grado de competencia preexistente al practicar conductas abusivas sobre el resto de competidores.

4.1. Posición de dominio de NORTEGAS

En primer lugar, respecto a la existencia de una posición dominante de NORTEGAS, según los precedentes⁷, cada red de distribución conforma un monopolio natural, por lo que cada distribuidora desarrolla su actividad en régimen de exclusividad, estando su acceso y sus tarifas regulados. De acuerdo con estos precedentes, NORTEGAS tendría una posición de dominio en el ámbito de la distribución de gas en las zonas en las que opera, situadas en los territorios del País Vasco, Cantabria y Asturias.

⁶ Por ejemplo, resolución del TDC de 30 de septiembre de 1999, sobre 362/99 Bacardí; resolución de la CNC de 22 de febrero de 2011 (expediente S/0180/10 ArcelorMittal) y resolución del Consejo de la CNMC de 30 de mayo de 2019, en el Expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE.

⁷ Resoluciones de la CNC de 26 de marzo de 2009 (expte. 638/08 GAS NATURAL 2), 21 de febrero de 2012 (expte. S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN) y de 11 de mayo de 2012 (expte. S/328/11 TGSS). También en los expedientes de concentración económica C-0630/14 REDEXIS/GEDM y C/8027/17 REDEXIS/CEPSA GLP.

Así, pues, cabe analizar si esta posición de dominio en el mercado de la distribución de gas en los territorios mencionados habría permitido a NORTEGAS abusar de su posición en un mercado conexo, verticalmente relacionado, el de instalación del gas.

Al respecto es preciso señalar que en precedentes anteriores⁸ la ausencia de vínculo entre el mercado en el cual la denunciada ostenta posición de dominio y el mercado afectado por las prácticas ha motivado que se descarte la existencia de indicio de infracción.

En relación con la instalación de infraestructuras y puntos de suministro de gas, las distribuidoras como NORTEGAS tienen un importante papel, en la medida en que pueden iniciar el proceso de transformación del suministro de GLP a gas natural, siendo referencia para muchos consumidores. Además, la concesión de la condición de entidad colaboradora por una distribuidora a una empresa instaladora refuerza la imagen comercial de las instaladoras de cara a los consumidores, al venir avalados por la distribuidora. En este caso hay que tener en cuenta también el hecho de que NORTEGAS ofrezca beneficios adicionales, como ayudas económicas e información sobre potenciales clientes, ya que supone otro atractivo más para las empresas instaladoras.

Por tanto, aunque ni NORTEGAS ni las empresas de su grupo operan en el mercado de las instalaciones de infraestructuras receptoras de gas, existe una relación vertical entre NORTEGAS, empresa dominante aguas arriba, y las instaladoras de gas.

4.2. Actuaciones de NORTEGAS

Dada la posición de dominio de NORTEGAS en el mercado principal de la distribución de gas y la existencia de una relación vertical con el mercado conexo de instalación de infraestructuras receptoras de gas alimentadas desde las redes de distribución, debe analizarse si las conductas ejecutadas por NORTEGAS que han sido denunciadas pueden suponer un abuso de esa posición de dominio.

De conformidad con la jurisprudencia nacional y de la UE⁹, se trata de comprobar si desde esa posición la conducta de NORTEGAS constituye (i) un abuso que pueda incluirse en lo previsto por el artículo 2 de la LDC, (ii) que sea injustificado, y (iii) que genere un efecto exclusionario, cuestiones que serán analizadas a continuación.

⁸ Resolución de 13 de febrero de 2014 (expte. S/0395/11 CALDERAS NATURGAS).

⁹ Sentencia Tribunal Supremo de 10 de abril de 2018 Rec: 3568/2015 HP y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-418/01 IMS Health, entre otras.

AFONVI en su denuncia plantea dos cuestiones: por un lado, que los requisitos exigidos por NORTEGAS para ser entidad colaboradora, concretamente, contar con un comercial en plantilla, son discriminatorios e injustificados; y, por otro, que las ayudas que NORTEGAS otorga a sus entidades colaboradoras no permiten competir en igualdad de condiciones al resto de las empresas instaladoras. Ambas prácticas están relacionadas entre sí, ya que si los requisitos para ser reconocido como empresa colaboradora no son ni injustificados ni discriminatorios, entonces cualquier empresa instaladora interesada puede optar a la condición de empresa colaboradora y disfrutar de las ventajas y obligaciones que ello conlleva¹⁰.

Debe tenerse en cuenta que ni NORTEGAS ni las empresas de su grupo operan en el mercado de la instalación de infraestructuras receptoras de gas, razón por la que no cabe colegir que NORTEGAS trate de utilizar su posición de dominio como empresa distribuidora para beneficiar a una empresa del mismo grupo, en un mercado competitivo situado aguas abajo en el que no opera.

Para valorar si las condiciones establecidas por NORTEGAS para ser empresa colaboradora impiden el acceso al mercado a terceras empresas, cabe estudiar la información aportada por las partes sobre las cuotas existentes en el mercado de instalación de infraestructuras receptoras de gas. La denunciada afirma que las instaladoras colaboradoras de NORTEGAS realizaron entre [10% - 30%] de las instalaciones de gas en el País Vasco, Cantabria y Asturias entre los años 2015 y 2019. Porcentajes que para el País Vasco fueron menores [10% - 20%] y que se alejan del 60% que indica AFONVI. Al respecto, la denunciante reconoce que no dispone de datos suficientes sobre el número de colaboradoras ni, por tanto, sobre las instalaciones que realizan, porque no es información pública. No obstante lo anterior AFONVI afirma que, aunque el número de empresas colaboradoras no es muy elevado copan el 60% de instalaciones, sin aportar datos que lo corrobore. Para apoyar su afirmación sobre los rangos porcentuales mencionados, NORTEGAS aporta varios cuadros con datos concretos detallados por año de la actividad de sus entidades colaboradoras en 2018 y 2019, tanto en los tres territorios autonómicos en los que opera (Asturias, Cantabria y País Vasco) como exclusivamente en el País Vasco, datos que conoce directamente por su condición de distribuidora.

Dichos datos evidencian que las empresas instaladoras no colaboradoras tendrían una cuota de mercado significativa, entre un [70% - 90%], mucho mayor que la de las empresas colaboradoras de NORTEGAS. A lo anterior ha de añadirse que NORTEGAS ha indicado que nunca ha rechazado jamás una solicitud de una empresa instaladora para ser reconocida como empresa

¹⁰ Un análisis similar se llevó a cabo en la Resolución de la CNC de 13 de mayo de 2013 en el expte. S/0173/09 GAS NATURAL SDG, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.

colaboradora. Por tanto, no puede decirse que las empresas no colaboradoras de NORTEGAS estén siendo excluidas del mercado de instalaciones de gas ni discriminadas por no poder competir con aquéllas, por lo que esta Sala, de conformidad con el órgano instructor, considera que no existen indicios de que la conducta de NORTEGAS haya tenido por efecto impedir el acceso al mercado a terceros competidores.

No obstante, ha de valorarse si la conducta de NORTEGAS ha sido abusiva e injustificada, aun a pesar de no haber impedido el acceso al mercado de un competidor, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹, que determinó la suficiencia de la aptitud objetiva de una conducta para alcanzar un fin abusivo con independencia de su éxito o intencionalidad aunque deba acreditarse ese efecto de salida del mercado en aplicación de la jurisprudencia europea¹².

Del contenido del segundo punto del artículo 2 de la LDC, la conducta analizada, en su caso, podría subsumirse en alguna de las prácticas tipificadas en los apartados a), b), d) o e). Cabe analizar si se da alguno de dichos supuestos en el presente caso.

a) Sobre los requisitos exigidos por NORTEGAS

En primer lugar, los requisitos que impone NORTEGAS a sus colaboradoras resultan aplicables por igual a todas ellas, son públicos y puede accederse a los mismos a través de su página web¹³.

NORTEGAS tiene establecidas dos “*orientaciones*” para designar a una empresa como entidad colaboradora suya: (i) contar con un empleado o autónomo que desempeñara tareas comerciales y (ii) tener un mínimo de 24 altas de gas natural en un periodo de 12 meses.

Respecto al primer requisito, NORTEGAS indica que tiene por finalidad involucrar a las empresas colaboradoras en las campañas de captación de nuevos puntos de suministro y señala que, a su juicio, no existe opción alternativa menos restrictiva. Como se ha visto, NORTEGAS matiza que dicha condición: (i) no requiere que esa persona se encuentre en plantilla en el momento de la solicitud, solamente un compromiso de contratación, (ii) tampoco que se dedique a tareas comerciales en exclusiva; (iii) ni que desarrolle tareas comerciales solo para NORTEGAS, pudiendo realizar otras actividades.

¹¹ Sentencia Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 Rec 4619/2011

¹² Sentencias del TJUE, 27.3.2012, asunto C-209/2010, Post Danmark, etre otras.

¹³ <https://www.nortegas.es/portal-del-instalador/>

Además, NORTEGAS ofrece una ayuda de [500-1.000] euros al mes durante seis meses para sufragar el coste de dicho comercial.

A lo anterior ha de añadirse que, en octubre de 2019, lanzó un nuevo programa de colaboración que sólo requería que el colaborador remitiera un documento de alta y un certificado de titularidad de la cuenta corriente.

De este modo, a diferencia de lo que denuncia AFONVI, NORTEGAS tiene dos tipos de instaladoras colaboradoras: (i) las colaboradoras “instaline”, que son estas últimas y no tienen obligación de realizar labores comerciales; y (ii) las colaboradoras “premium”, que requieren de un comercial en la plantilla. Según informa NORTEGAS, 300 empresas se han dado de alta como colaborador *instaline*.

Esta Sala considera que los requisitos para ser entidad colaboradora *Premium* de NORTEGAS, si bien pueden ser considerados una prestación suplementaria por destinar a un empleado de la empresa a labores comerciales, no puede decirse que no guarden relación con el objeto del contrato ya que lo cierto es que dentro de la actividad ordinaria de los mercados se encuentra la realización de actividades comerciales con los clientes, para su captación y posterior gestión.

No obstante, cabe matizar que las empresas instaladoras que no tengan interés en participar en las campañas comerciales también tienen la posibilidad de acceder a parte de las ayudas mediante el programa *instaline*, sin tener que contratar a un comercial.

En consecuencia, teniendo en cuenta todo lo expuesto y especialmente que se trata de requisitos aplicables a todas las colaboradoras por igual, públicos y debidamente justificados y que NORTEGAS ha aceptado todas las solicitudes de colaboración presentadas, incluso de empresas que no cumplieran con alguno de estos dos requisitos, esta Sala no aprecia que NORTEGAS haya impuesto condiciones no equitativas a las instaladoras.

b) Sobre las ayudas otorgadas por NORTEGAS

En segundo lugar, en relación con las ayudas facilitadas por NORTEGAS, AFONVI señala que pueden llegar a suponer incluso coste cero de la instalación para el usuario, razón por la que las empresas no colaboradoras no pueden competir en igualdad de condiciones con las colaboradoras.

NORTEGAS distingue, por un lado, las ayudas a los nuevos clientes y, por otro, las ayudas a las entidades colaboradoras, tal y como se ha indicado anteriormente.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, esta Sala entiende que este tipo de ayudas suponen una promoción de la actividad de instalación en la medida en que se efectúa en condiciones más ventajosas, tanto para las propias empresas colaboradoras, como para los consumidores finales. A ello hay que añadir que gran parte de la actividad desarrollada por las instaladoras consiste en la transformación del GLP a gas natural, lo cual supone menor impacto ambiental, mayor eficiencia y la existencia de un mercado liberalizado, presentando así numerosas ventajas.

En consecuencia, analizados los requisitos exigidos y las ayudas otorgadas por NORTEGAS a las empresas colaboradoras, no se aprecia limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico.

c) Sobre las obligaciones de las empresas colaboradoras de NORTEGAS

Si bien la condición de empresa colaboradora pone en situación de ventaja a unos competidores frente a otros, podría no resultar interesante para otras instaladoras porque también conlleva ciertas obligaciones.

Así, para ser empresa colaboradora *Premium*, el tipo de colaboración más exigente, se debe contar con un comercial en plantilla que, además, debe superar un programa de formación de NORTEGAS, participar en las acciones comerciales de la distribuidora y entrenarse en la utilización de la herramienta de información Giscat. Éstas son las obligaciones que AFONVI denuncia como discriminatorias, sin aportar prueba que justifique y acredite dicha discriminación.

Asimismo, desde el lanzamiento del programa *instaline* en octubre de 2019, NORTEGAS ofrece otra alternativa para ser empresa colaboradora, pero asumiendo requisitos muy laxos y también, en consonancia, con menos beneficios. Este nuevo programa de colaboración permite a las instaladoras que no quieran realizar labores comerciales acceder, si así lo desean, a beneficios tales como comisiones por alta y a la información que provee NORTEGAS.

Las empresas colaboradoras, ya sean *Premium* o *instaline*, reciben la misma comisión por alta, que en febrero de 2020 era de 250 euros. Ambos tipos de colaboradores también se benefician del canal de comunicación de NORTEGAS, y tienen acceso a la misma información. La diferencia estriba en que los *Premium*, si bien también deben participar activamente en labores comerciales que incluyen atender citas y registros de potenciales clientes y remitir informes mensuales a NORTEGAS con datos de captaciones, mercados y campañas aplicadas, pueden beneficiarse, además, de los incentivos específicos de las campañas comerciales de NORTEGAS.

Esta configuración permite que cada tipo de empresa seleccione el modelo de colaboración que mejor se adapta a su modelo de negocio e incluso, ningún tipo de colaboración.

Así, para las empresas de tamaño más grande, dedicadas principalmente a la instalación de gas, su participación como empresa colaboradora *premium* suele tener especial sentido puesto que les permite participar en las campañas comerciales de NORTEGAS y los incentivos asociados a éstas. A cambio, deben dedicar un esfuerzo adicional en labores comerciales que no se exige de los colaboradores *instaline*.

Para las empresas de menor tamaño o con dedicación parcial a la instalación de gas (como, por ejemplo, fontaneros individuales), su participación como colaborador *instaline* puede adecuarse más a su modelo de negocio, puesto que suelen realizar un número limitado de altas al año y no desean adquirir una obligación de involucrarse de forma activa en campañas comerciales de NORTEGAS.

En cualquier caso, los instaladores colaboradores *instaline* siempre pueden solicitar su conversión a instaladores colaboradores *premium*.

Por último, para las empresas que tienen un tamaño menor (por ejemplo, autónomos), que no tienen una dedicación especial a la instalación de gas, que solo realizan estas instalaciones de manera muy esporádica, o que no tengan interés en tener una relación de colaboración con NORTEGAS, puede no tener sentido participar en los programas de colaboración de NORTEGAS.

Por tanto, cabe afirmar que las instaladoras disponen de total libertad para competir de forma autónoma o bien optar por alguno de los dos modelos de colaboración con NORTEGAS, cada uno con sus beneficios y obligaciones: el modelo de negocio que implica asumir más obligaciones y obtener mayores ventajas de ser colaboradora *Premium*; o el modelo con escasas obligaciones y beneficios menores que conlleva ser colaboradora *instaline*. Cada opción cuenta con requisitos, beneficios y obligaciones razonables y coherentes entre sí. Por ello, de conformidad con la DC, esta Sala considera que los requisitos para cada tipo de colaboración se adecúan a cada caso y son coherentes y proporcionados con los beneficios y costes que suponen.

4.3. Conclusión

Por todo lo expuesto, esta Sala considera que no han quedado acreditados indicios de que la política de NORTEGAS para captar empresas colaboradoras suponga un abuso injustificado de su posición dominante en el mercado principal

de distribución de gas que haya: (i) impuesto requisitos que supongan algún tipo de exclusividad formal o práctica a las empresas instaladoras colaboradoras; y/o (ii) impedido a las empresas instaladoras no colaboradoras el acceso al mercado de la instalación de infraestructuras receptoras de gas alimentadas desde las redes de distribución.

De este modo, no encontrando indicios de discriminación o desventaja de las instaladoras no colaboradoras en relación con las que son colaboradoras de NORTEGAS, no se aprecian indicios de que las prácticas denunciadas puedan constituir una infracción del artículo 2 de la LDC y/o del artículo 102 del TFUE.

Esta conclusión se alcanza sin perjuicio de que, ante el conocimiento de nuevos elementos acreditativos o de indicios de posibles prácticas anticompetitivas pueda acordarse la incoación del correspondiente expediente sancionador.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción de la LDC.

SEGUNDO,. Resolver sobre la confidencialidad solicitada de acuerdo con lo señalado en el Fundamento de Derecho Tercero.

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