

RESOLUCIÓN **(Expte. S/0173/09 Gas Madrid)**

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Diez Martín, Consejero

En Madrid, a 13 de mayo de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada S/0173/09, iniciado contra determinadas sociedades del Grupo Gas Natural y Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., en virtud de la denuncia interpuesta por la Asociación de Empresarios de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción, Climatización, Electricidad, Mantenimiento y Afines de Madrid, por supuesta vulneración de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 6 de febrero de 2009 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) oficio del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, en aplicación del artículo 2 de 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, dando traslado de la denuncia presentada el 8 de enero de 2009 por la Asociación de Empresarios de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción, Climatización, Electricidad, Mantenimiento y afines de Madrid (ASEFOSAM), contra determinadas sociedades del Grupo Gas Natural y contra Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. (en adelante Cobra) por vulneración de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
2. Según la denunciante, el Grupo Gas Natural se estaría prevaleciendo de su posición de dominio en los mercados de distribución y la comercialización de gas para concertar acuerdos con determinadas empresas instaladoras (en el caso denunciado, Cobra) en unas condiciones que permiten a ésta eliminar cualquier posibilidad de competencia en el mercado (folios 12-13). Según la denuncia, estas ofertas podrían producir una fijación de precios por el Grupo Gas Natural en el mercado de instalaciones, conexo a los mercados del gas donde es dominante, el

reparto de mercado entre las empresas instaladoras y un cierre del mercado para terceros instaladores (folio 12).

3. Con objeto de poder determinar el ámbito de afectación de los hechos puestos de manifiesto y poder decidir la autoridad competente para el conocimiento de los mismos, a los efectos del artículo 1 de la Ley 1/2002, la DI acordó llevar a cabo una información reservada, en el marco de la cual se solicitó información a Gas Natural SDG, S.A., sociedad cabecera del Grupo Gas Natural.
4. A la vista de la información recabada, la DI solicitó al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid la remisión del expediente con arreglo al art. 2.1. de 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, al considerarse competente la CNC, dado que los efectos de la práctica denunciada se extenderían más allá del ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Madrid. Con fecha 9 de julio de 2009 tuvo entrada en la DI escrito del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, determinando la competencia de la CNC y adjuntando el expediente, al que le fue asignado el número de información reservada S/0173/09.
5. La DI realiza la siguiente descripción de las partes:

“ASEFOSAM es una asociación que agrupa a más de 2.000 empresas del sector de los instaladores en la Comunidad de Madrid que tiene entre sus principales fines, de acuerdo con sus Estatutos, la defensa de los intereses profesionales de los asociados, el establecimiento de lazos de cooperación entre ellos y la prestación de servicios comunes de carácter técnico, informativo, jurídico, económico o social.

El Grupo Gas Natural es un grupo energético verticalmente integrado, activo principalmente en el aprovisionamiento, transporte, distribución y comercialización de gas; y en la generación, distribución y comercialización de electricidad. Las sociedades del Grupo Gas Natural identificadas en la denuncia son las siguientes:

- *Gas Natural Distribución SDG, S.A. (en adelante GN Distribución), que se dedica a la distribución de gas en las Comunidades de Andalucía, Castilla La Mancha, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Cataluña, País Vasco, Madrid, Navarra, La Rioja y Galicia.*
- *Gas Natural Comercializadora SDG, S.A. (en adelante GN Comercializadora) y Gas Natural Servicios SDG, S.A. (en adelante GN Servicios), que comercializan gas y electricidad en España.*
- *Gas Natural Comercial SDG, S.L. (en adelante GN Comercial), que comercializa gas natural a consumidores domésticos.*

Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. (Cobra), cabecera del Grupo Cobra, es una sociedad dedicada a actividades diversas de ingeniería, incluyendo actividades de instalación de redes de gas (construcción y mantenimiento de redes, montaje de instalaciones receptoras, lectura de contadores, construcción de estaciones de regulación y medida y digitalización de redes).”

6. De sus actuaciones, la Dirección de Investigación concluye los siguientes hechos:

“2.3.1. La denuncia

Según la denuncia, a lo largo de al menos los últimos 8 meses del año 2008 el Grupo Gas Natural ha llevado a cabo una campaña publicitaria para la gasificación de nuevos puntos de suministro en la que se ofrecía conjuntamente, además de la ejecución de las instalaciones interiores y exteriores, el alta del suministro, el suministro de gas y el mantenimiento de la instalación (folios 8). Esta campaña se habría venido desarrollando en diversos municipios que no disponen de suministro de gas canalizado, dentro de los planes de expansión de la red que lleva a cabo GN Distribución.

Este tipo de ofertas se enmarca en una campaña que realiza el Grupo Gas Natural para la gasificación de nuevos núcleos urbanos, en la que, para la selección de instaladores, convoca una “Oferta Pública” (en adelante Oferta Pública o “la Oferta”) mediante la cual ofrece un incentivo económico a las empresas instaladoras por cada nuevo cliente captado (folio 9). Estos contratos privados establecerían, además, una delimitación de las zonas geográficas de actuación de los instaladores (folio 9).

La denunciante indica, sin embargo, la existencia de contratos privados entre el Grupo Gas Natural y determinadas empresas instaladoras, al margen de la citada “Oferta Pública”, que establecen un incentivo económico mayor para los instaladores, de manera que éstos pueden realizar ofertas más baratas para la gasificación de nuevos puntos que los instaladores acogidos a la “Oferta Pública”. La denunciante considera que la colaboración entre el Grupo Gas Natural y Cobra se enmarca en “acuerdos privados entre aquel grupo empresarial y determinadas empresas instaladoras para las que, a cambio de determinados compromisos de mínimos, la retribución de 100 € se incrementa de manera muy considerable”.

En particular, la denuncia se refiere a la campaña de gasificación del término municipal de San Martín de la Vega (Madrid), en que GN habría designado a Cobra para la ejecución de los trabajos ligados a la mencionada campaña (folio 6). Gas Natural y Cobra habrían realizado, a lo largo de 2008, ofertas conjuntas en este municipio para la gasificación de nuevos puntos de suministro a precios irreplicables por los instaladores competidores. Para la denunciante, estos acuerdos privados implican que “la citada Cobra pueda ofrecer a los futuros usuarios la ejecución de sus instalaciones en nombre de Gas Natural de manera cuasi gratuita y, en todo caso, por debajo de coste [...] lo que, de hecho, deja fuera del mercado en dicha área geográfica a cualquier otra empresa instaladora que quiera realizar una labor de comercialización de instalaciones en la zona” (folios 9-10).

2.3.2. La Oferta Pública

De las contestaciones a los sucesivos requerimientos de información de esta Dirección de Investigación puede extraerse el funcionamiento del sistema de gasificación de nuevos puntos por parte de GN, que a continuación se detalla.

En primer lugar, cada año GN Distribución elabora las “Ofertas para la conexión de nuevos puntos de suministro” u Ofertas Públicas, diferentes según localización

geográfica o características del suministro (actividad de finca habitada, actividad comercial, industrial o calefacción centralizada en edificios plurifamiliares, etc.). Estas ofertas se convocan para el ámbito de una Comunidad Autónoma, si bien las “Ofertas Públicas” son similares en todas las CCAA en las que se convocan (Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid, Galicia, Navarra, La Rioja y Murcia). Todas ellas están dirigidas a todas las empresas o profesionales instaladores de gas natural, que libremente pueden adherirse, y tienen por objeto la participación de las empresas instaladoras en la labor de conexión de nuevos puntos de suministro a la red de distribución de la oferente, percibiendo en contraprestación por la conexión determinadas retribuciones (folios 30, 278, 318, 379, 400, 421, 439, 458).

A través de esta oferta de orden comercial, la empresa instaladora colabora con GN Distribución en la conexión de nuevos puntos de suministro a las redes de distribución y la construcción de las instalaciones receptoras comunitarias (IRC) de gas, cuando éstas sean propiedad de la distribuidora, y ello tanto si el suministro final se realiza a tarifa (desde el 1 de julio de 2008, tarifa de Último Recurso) como si se realiza a precio libre.

Son destinatarios de la Oferta todas las empresas instaladoras que reúnan los requisitos de capacidad técnica y económica exigidos y establecidos en la propia Oferta (folios 32-33, 280-281, 320-321, 402-403, 423-424, 441-442, 460-461), ya que “Gas Natural nunca rechaza las solicitudes de adhesión de empresas instaladoras” (folio 225). Los requisitos exigidos están recogidos en la propia Oferta Pública y son los siguientes:

- 1. Capacidad técnica: La empresa instaladora debe contar con la calificación de instalador autorizado de gas natural.*
- 2. Capacidad económica: La empresa instaladora debe estar al corriente de pago de la Seguridad Social, de los salarios frente a sus empleados, de todas sus obligaciones fiscales y de las deudas vencidas y exigibles que mantenga con GN Distribución.*
- 3. Otros requisitos: La adhesión de la empresa instaladora implica la aceptación de todos los términos de la oferta durante 1 año (duración de la Oferta). Entre estos requisitos destacan los criterios de calidad (punto 9 de las Ofertas Públicas), que se refieren a los plazos de ejecución de las instalaciones y la calidad de las mismas. El incumplimiento de estas obligaciones puede determinar la revocación de la oferta.*

Las empresas instaladoras, una vez adheridas a la Oferta, tienen absoluta libertad para confeccionar sus ofertas a los clientes finales (folio 342). Tanto el contenido de la oferta como su precio es determinado libremente por las empresas instaladoras. La efectiva conexión de un nuevo punto de suministro por parte de la empresa instaladora da derecho a una contraprestación económica por parte de la distribuidora, una vez ésta ha comprobado el cumplimiento de los requisitos de

calidad fijados en la Oferta (folios 35-36, 283-284, 323-324, 405-406, 426-427, 445-446, 463-464).¹

En el caso particular de la Oferta para la conexión de nuevos puntos de suministro dedicados a la actividad de finca habitada en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en 2008, la retribución establecida por punto de suministro era de 100€ (folios 48 y 397). No obstante, tal y como se señala en la propia “Oferta Pública”, la distribuidora se reserva la posibilidad de introducir cambios y campañas específicas que se puedan añadir a la oferta básica, informando de ello a los instaladores electricistas a través de la página Web www.portaldelinstalador.com² y a las asociaciones gremiales de instaladores de gas (folio 35, 384). Precisamente a lo largo del año 2008, se modificó la Oferta Pública en dos ocasiones. En primer lugar, se modificó la retribución de la Oferta diferenciando entre zonas de “alto equipamiento”, cuya conexión se retribuía a 200€ por punto captado, y puntos de suministro captados en “zonas de bajo equipamiento” con una retribución de 100€ (folio 418). Adicionalmente, se lanzó una campaña específica que se añadió a la oferta básica y que se ofreció por GN a todas las empresas que en 2007 estuvieron adheridas a la Oferta Pública y realizaron actividad comercial. A esta campaña se adherieron 66 empresas instaladoras (folios 374-375). En virtud de esta campaña específica, la retribución por punto de suministro pasó a ser la siguiente:

| Nº de Puntos de Suministro aportados | Importe por Punto de Suministro |
|--------------------------------------|---------------------------------|
| ≥1.000 | 550 € |
| ≥ 750 y < 1.000 | 500 € |
| ≥ 500 y < 750 | 450 € |
| ≥ 300 y < 500 | 400 € |
| ≥ 200 y < 300 | 300 € |
| ≥ 100 y < 200 | 250 € |
| ≥ 40 y < 100 | 200 € |
| O.P. | 100 € |

Fuente: GN

A partir del año 2009, GN formaliza el uso de retribuciones variables en función del número de puntos de suministro captados a través de los denominados “acuerdos de especial colaboración”. GN firma estos acuerdos en desarrollo de la Oferta Pública con aquellas empresas colaboradoras que aporten un “volumen relevante”

¹ Las ofertas incluyen además los derechos regulados a satisfacer a la distribuidora (cuota de alta y derechos de acometida), que la empresa instaladora satisfará a GN Distribución. Por tanto, el instalador cobra del cliente el precio de venta al público y de la distribuidora una retribución por el punto de suministro captado y paga a la empresa distribuidora los correspondientes derechos regulados.

² El Portal del Instalador es un portal profesional para las empresas instaladoras creado por Gas Natural, la Federación Catalana de Empresas Instaladoras de Electricidad, Fontanería, Calefacción, Climatización y afines (FERCA) y la Confederación Nacional de Asociaciones de Empresas de Fontanería, Gas, Calefacción, Climatización, Protección contra Incendios, Electricidad, y afines (CONAIF). Es en esta misma página Web donde se publican el conjunto de “Ofertas Públicas” disponibles para los instaladores

de puntos de suministro (folios 385, 406, 427, 446 y 464). Desde entonces, la propia Oferta Pública recoge expresamente la posibilidad de las empresas instaladoras de firmar con GN este tipo de acuerdo. Según GN, la retribución de las 126 empresas³ que firmaron en 2009 un acuerdo de especial colaboración con GN fue la siguiente:

| Nº de Puntos de Suministro ⁴ | Importe por Punto de Suministro SV | Importe por Punto de Suministro SH |
|---|------------------------------------|------------------------------------|
| ≥1.000 | 650 € | 450 € |
| ≥ 750 y < 1.000 | 591 € | 409 € |
| ≥ 500 y < 750 | 532 € | 368 € |
| ≥ 300 y < 500 | 473 € | 327 € |
| ≥ 200 y < 300 | 414 € | 286 € |
| ≥ 100 y < 200 | 250 € | 250 € |
| ≥ 40 y < 100 | 200 € | 200 € |
| O.P. | 100 € | 100 € |

Fuente GN

La duración de los acuerdos de especial colaboración es de 3 años con renovación automática por periodos de 1 año. Estos acuerdos establecen unos requisitos de comercialización más exigentes que la Oferta Pública, con el objetivo de que las empresas contratantes lleven a cabo la actividad de captación de forma más activa y profesionalizada (folios 333-339).

2.3.3. La relación Cobra-GN

La relación entre Cobra y GN se basó, en primer lugar en el acuerdo suscrito en virtud de la Oferta Pública, que determinaba una retribución de 100€ por punto de suministro captado. No obstante, ya en 2008 entró en vigor la modificación de la Oferta Pública, determinándose una retribución variable en función del número de puntos de suministro captado.

Se verifica así lo manifestado por Cobra en contestación al requerimiento de información de 23 de noviembre de 2009, donde señala que la retribución, al amparo de la "Oferta Pública", era de 200€⁵, pudiéndose incrementar, alcanzando el objetivo de 1.000 puntos de suministro captados, hasta los 550€ por punto de suministro (folio 221). Cobra manifiesta que, habiendo alcanzado esta compañía el citado objetivo, su retribución en esta oferta ascendió a 550€. GN reconoce que el importe pagado a Cobra por punto de suministro fue de 550€ (folio 377).

El 4 de febrero de 2009, cumpliendo Cobra con las condiciones requeridas por GN, se firmó entre ambas compañías un acuerdo de especial colaboración, en virtud del cual, y durante un periodo de tres años, renovable automáticamente año a año,

³ 103 empresas en 2010 (folio 378).

⁴ Nº de puntos de suministro diferenciando entre los mercados de saturación horizontal (SH), que incluye las fincas habitadas que se distribuyen horizontalmente; y saturación vertical (SV), que se refiere principalmente a edificios de viviendas.

⁵ Párrafo 34.

alcanzando el objetivo de 1.000 puntos de suministro⁶, Cobra tendría derecho a percibir el importe de 450€, por la conexión de puntos de suministro en los mercados de saturación horizontal, y 650€, por cada conexión en los mercados de saturación vertical y comercial (folios 336-337 y 372).

2.3.4. Las ofertas denunciadas

En la denuncia obra copia de 2 ofertas de gasificación realizadas por Cobra a clientes finales en el municipio madrileño de San Martín de la Vega a lo largo de 2008 (folios 24-29). Una de estas ofertas, además, tiene impreso el logotipo de GN Comercial:

- *Oferta 1 (folios 24-27): En esta oferta, fechada en los meses de mayo y junio de 2008, Cobra ofrece la instalación interior y exterior de gas completa y la adecuación y transformación de los aparatos de gas por un importe de 0€. Asimismo, cobra los derechos de acometida y cuota de alta a satisfacer a la distribuidora por el importe regulado de 96,17€ y 68,50€, respectivamente. Además se permite al cliente elegir entre dos opciones: El suministro e instalación de un calentador para agua caliente gratuito o de una caldera mixta por importe de 525€.*
- *Oferta 2 (folio 28): Se trata de una ampliación de la oferta anterior durante el mes de octubre en la que se incluye un servicio gratuito de mantenimiento de las instalaciones anual, a través del contrato Servigas de GN Servicios. En esta oferta aparecen los logotipos de Cobra y de GN Comercial, pero GN señala que su logo se incorporó sin su consentimiento (folios 28 y 276).*

En las ofertas anteriores se observan ciertas peculiaridades que esta Dirección de Investigación ha contrastado con GN y Cobra.

En primer lugar, de acuerdo con lo expuesto por las partes en las contestaciones a los requerimientos de información, si en la oferta se incluyó el servicio Servigas, se debió a que GN estaba ofreciendo ese servicio de forma gratuita durante un año a todos los clientes, sin que fuera necesario contratar la comercialización con la misma compañía, y Cobra hizo suya la oferta (folios 342 y 378). Cobra consideró que era adecuado ofrecer al cliente este servicio, pues no le suponía coste alguno y mejoraba el atractivo de su oferta comercial.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la empresa que realiza la oferta final al cliente y elabora su correspondiente publicidad es Cobra, no habiendo intervenido en el diseño ninguna de las empresas del grupo Gas Natural (folios 219, 276 y 342-343). De hecho, Gas Natural afirma que sus empresas ni siquiera están informadas de las características de las ofertas lanzadas por los instaladores para la captación de puntos de suministro de gas.

Eso sí, Cobra señala que se solicita a GN Comercial su participación para que envíe cartas de recordatorio a los posibles clientes, lo que es admitido por GN Comercial. Sin embargo esta comunicación se realiza en el proceso final de la

⁶ En particular, Cobra se compromete a captar un total de 1.200 puntos en finca habitada y 166 más en el mercado comercial (folio 336).

comercialización, como una vía de apoyo y para dotar de mayor tranquilidad a los posibles clientes (folios 276 y 343). Pero, como insiste GN, ésta no tiene conocimiento de la oferta final y, por ello, las cartas remitidas por GN Comercial no incluyen el detalle de la oferta.”

7. Con fecha 29 de junio de 2010, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, la DI remite a este Consejo de la CNC Propuesta de Archivo de las actuaciones seguidas en el expediente de referencia, en la que se contiene la valoración jurídica que sigue:

- 7.1. En cuanto a los hechos acreditados conforme a la información recabada, la Dirección de Investigación concluye:

“la existencia de un vínculo jurídico entre Gas Natural Distribución y el instalador que se adhiere a la “Oferta Pública”, en virtud del cual, a cambio de la captación de nuevos puntos de suministro en un determinado territorio delimitado en la “Oferta”, Gas Natural se compromete a pagar una determinada cantidad (en este caso, 100€/cliente captado), ampliable en función del número de puntos de suministro logrados (hasta un máximo de 550€/cliente).

Los instaladores de gas pueden acogerse voluntariamente a la “Oferta” a cambio de esta contraprestación, tanto mayor cuanto mayor sea el éxito de la empresa instaladora en la captación de puntos de suministro.

Esta remuneración permite a las empresas instaladoras ofrecer a los potenciales clientes ofertas atractivas y a reducido precio, que favorezca la captación de puntos de suministro. En el caso expuesto, Cobra determinó ofrecer la instalación de gas y de un calentador de manera gratuita para el cliente.

GN Comercial colabora con los instaladores de gas en la comercialización de los nuevos puntos de suministro.”

- 7.2. En segundo lugar, y en relación con la eventual aplicación a estos hechos de la prohibición de abuso de posición dominante de los artículos 2 de LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Dirección de Investigación considera que en el presente caso, se debe realizar una separación entre dos mercados de producto diferenciados y conexos.

“El primero de estos mercados es el mercado de redes de distribución formado por “los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor, partiendo de un gasoducto de la red básica de transporte” (art. 73 de la LSH). Cada red de distribución conforma un monopolio natural, y su acceso y precios están regulados. Diversos precedentes⁷ han considerado que los mercados de redes de distribución son regionales y vienen delimitados por el área que

⁷ Resoluciones C/0098/08 Gas Natural/Unión Fenosa, de 11 de febrero de 2009; C/94/05 Gas Natural/Endesa, de 5 de enero de 2006.

abarcen las autorizaciones administrativas. Este carácter regional viene acentuado por las obligaciones que se derivan del artículo 73.7 de la Ley 34/1998, que establece que “las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona. En caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste para el sistema gasista”.

El segundo de los mercados a considerar es el mercado de instalaciones de gas no reservadas a la distribuidora, cuyos precios no están regulados. Pese a que en algunos casos las empresas, especialmente las de menor tamaño, operan sólo dentro de un ámbito geográfico local/regional, los correspondientes carnets de instalador se expiden para todo el territorio nacional, no existiendo inconvenientes a la ejecución de obras en Comunidades Autónomas distintas a aquélla en que se expidió el carnet que habilita para ejecutar las obras⁸. En todo caso, existirían solapamientos entre los ámbitos de actuación de los instaladores que pueden dar lugar a efectos de sustitución en cadena bajo condiciones normales.

Ambos mercados guardan una íntima relación, dado que el suministro físico de gas que se lleva a cabo a través de las redes de distribución requiere de la realización de instalaciones de conexión. Se considera que ambos son mercados conexos: la ejecución de instalaciones de gas natural para los consumidores por parte de los instaladores autorizados requiere que previa o simultáneamente la distribuidora haya llevado a cabo el desarrollo de las redes de suministro en cada zona de distribución, de modo que los clientes puedan disfrutar del suministro de gas natural.

Es preciso considerar un mercado adicional, conexo con el mercado de redes de distribución: el mercado de comercialización de gas a clientes residenciales y PYMES. Desde el 1 de julio de 2008, el suministro de gas a tarifa ha sido sustituido por el suministro de Último Recurso, que se caracteriza por tener fijado un precio regulado, dar libertad de elección de suministrador de Último Recurso a los clientes finales, y haber restringido paulatinamente los consumidores que se pueden acoger al mismo (a partir de julio de 2010 sólo podrán acogerse al suministro de último recurso los consumidores conectados a gasoductos cuya presión sea menor o igual a 4 bar y cuyo consumo anual sea inferior a 1 GWh). Dado que el mercado liberalizado absorbe más del 90% del gas suministrado en España, se considera adecuado descartar la segmentación del mercado de suministro en regulado y liberalizado⁹.”

⁸ 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. ITC-ICG 09. Instaladores y empresas instaladoras de gas.

⁹ Resolución C/0098/08 Gas Natural/Unión Fenosa, de 11 de febrero de 2009.

- 7.3. En cuanto al mercado de la distribución de gas, la Dirección de Investigación considera que la posición de dominio de GN Distribución en las zonas en que se ubican sus redes está determinada por la propia regulación del sector gasístico, siendo además patente en atención a la cuota de mercado que alcanza a nivel nacional cercana al 85%¹⁰.

En cuanto al mercado de comercialización de gas a clientes residenciales y PYMES, la Dirección de Investigación entiende que las comercializadoras del Grupo GN ostentan una posición significativa¹¹, en tanto que ni GN Distribución ni ninguna empresa del Grupo Gas Natural participa directamente en el mercado conexo de instalaciones eléctricas no reservadas a la distribuidora.

- 7.4. Partiendo de este análisis, la Dirección de Investigación analiza si los hechos acreditados pudieran constituir un indicio de infracción de la prohibición de abuso y, en particular, de la doctrina de abuso en mercados conexos, concluyendo que no existe tal indicio, por las razones que, de forma resumida se señalan a continuación.

Así, en cuanto al mercado de instalaciones, la Dirección de Investigación pone de relieve que:

“(...) GN no participa en el mercado de instalaciones no reguladas. GN Distribución establece un sistema de retribución por captación de puntos de suministro, regulado mediante la Oferta Pública y el contrato de especial colaboración, pero ninguna empresa del grupo participa en los acuerdos como contraparte.

De acuerdo con el principio de libertad de contratación, GN Distribución no tiene obligación de convocar un concurso o firmar con todos aquellos instaladores que lo soliciten y cumplan determinados requisitos alguno de los mencionados acuerdos, si bien, estos contratos y su anuncio en la Web www.portaldelinstalador.com, de consulta frecuente por los instaladores de gas, favorece la objetividad y la igualdad de condiciones en el mercado descendente. Tres han sido los contratos ofrecidos y publicados en dicha Web:

- *Oferta Pública: Abierta a todas las empresas instaladoras que cumplan los requisitos técnicos y económicos exigidos.*
- *Modificación de la Oferta Pública en 2008: Se ofreció a las empresas que estuvieron acogidas a la Oferta Pública en 2007 y llevaron a cabo actividad comercial. Por tanto, esta oferta estuvo limitada a determinadas empresas instaladoras, pero no sólo a Cobra, ya que 66 empresas se acogieron.*

¹⁰ Resolución C/0098/08 Gas Natural/Unión Fenosa, de 11 de febrero de 2009.

¹¹ Tras la fusión con Unión Fenosa en 2008, la cuota de Gas Natural era del 77% de los clientes totales (79% del suministro de gas).

- *Acuerdo de especial colaboración: Abierto a todas las empresas acogidas a la Oferta Pública cuando proporcionan un número relevante de puntos de suministro. 126 empresas firmaron este acuerdo en 2009.*

Por tanto, más allá del interés de captar nuevos clientes para la distribuidora, GN carece de especial interés en el mercado descendente (conexo), por lo que la distorsión cualitativa (selección de empresas en función de características técnicas y económicas) y cuantitativa (retribución en función de número de captaciones) introducida en los mencionados contratos no puede ser considerada como abuso. En este sentido, la Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” en su párrafo 74 establece que “en términos generales, cualquier empresa, ya sea dominante o no, debe tener derecho a elegir con quién comercia y a disponer libremente de su propiedad”. En el párrafo 75 afirma que “por lo general los problemas de competencia surgen cuando la empresa dominante compite en el mercado – descendente- con el comprador al que se niega a suministrar”.

En cuanto al impacto de la conducta de GN en el mercado de comercialización a clientes finales, la Dirección de Investigación pone de relieve que GN en ningún caso exige a los instaladores que los futuros clientes contraten la comercialización de gas con GN Comercializadora para realizar los pagos.

- 7.5. Descartado que existan indicios de una infracción de abuso de posición dominante en los hechos acreditados a seguir, la Dirección de Investigación analiza en su Propuesta de archivo si tales hechos podrían constituir indicios de infracción de la prohibición de acuerdos colusorios de los artículos 1 de la LDC y del 101 del TFUE, concluyendo que tampoco.

A estos efectos, la Dirección de Investigación recuerda que la primera de las Ofertas públicas analizadas en este expediente de actuaciones reservadas, la Oferta Pública de 2008 para determinados municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid determinaba una retribución por punto de suministro fija, independientemente del esfuerzo comercial de las empresas adheridas. No obstante, en 2009, se produce una modificación en dicha oferta y se introduce la retribución variable. Como señala la distribuidora, es comprensible que aquellas empresas instaladoras que apuestan por una colaboración activa con el grupo GN y que realizan un mayor esfuerzo comercial reciban una remuneración superior (folios 274-275). Además, la distinta remuneración está basada en un criterio objetivo como es el número de puntos de suministro captados, lo que es conocido por los instaladores.

En 2009 se formalizaron contratos de especial colaboración con diversas empresas instaladoras. En estos acuerdos se fomenta una participación más activa de las empresas instaladoras en el proceso de captación de puntos de suministro. A cambio de un mayor compromiso de ventas (y una valoración más rigurosa de los criterios de calidad y servicio prestado por la empresa

colaboradora), se incrementaron las retribuciones ofrecidas por GN Distribución. GN suscribió este acuerdo con más de 120 empresas en 2009.

La Dirección de Investigación considera que ni estas Ofertas Públicas ni los acuerdos de especial colaboración suscritos, se pueden considerar *prima facie* como restrictivos de la competencia, en tanto que no imponen ningún tipo de exclusividad ni formal ni práctica.

En efecto, GN no prohíbe a las empresas de instalación ejecutar obras por cuenta de otras distribuidoras en sus zonas de distribución y tampoco impide la ejecución de obras de instalación de gas por su propia cuenta dentro de sus zonas de distribución. Ahora bien, ninguna compañía de distribución de gas distinta de GN Distribución presenta incentivos a captar puntos de suministro en la zona de distribución exclusiva de GN, ya que los ingresos regulados de la actividad de distribución serán por disposición legal para el gestor de esas redes, de ahí que los acuerdos entre instaladores y la distribuidora en dichas zonas se cierren con GN y no con otras compañías eléctricas.

Todas las empresas instaladoras que cumplan determinados requisitos exigibles pueden adherirse a las Ofertas Públicas y firmar un acuerdo de especial colaboración. Las condiciones impuestas para suscribir ese acuerdo son transparentes, objetivas, equitativas y no discriminatorias. Su firma, además, no impone ningún tipo de exclusividad geográfica por lo que no se cierra el mercado al resto de instaladores de gas.

- 7.6. En relación con la conducta de GN Comercial consistente en colaborar con los instaladores de GN Distribución en el proceso de captación de nuevos puntos de suministro, la DI realiza en la Propuesta de archivo la siguiente valoración jurídica:

“Tal y como se señala en el apartado de hechos, GN Comercial envía al final del proceso de comercialización una carta de apoyo a las ofertas realizadas por las empresas instaladoras. GN señala que GN Comercial es una sociedad especializada en tareas comerciales, que tiene una organización denominada “Expansión” dedicada específicamente a promover que se incorporen al sistema gasista aquellas viviendas que todavía no disfrutaban de este combustible.

En este sentido, se debe recordar la obligación de separación de actividades reguladas y liberalizadas impuesta por el art. 60 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH). Así, GN Comercial debería realizar las labores de comercialización de GN Comercializadora, pero abstenerse de intervenir en la comercialización de servicios de GN Distribución, evitando con ello posibles problemas de uso de información privilegiada de la distribuidora por parte de la comercializadora, que pudieran llegar a suponer un abuso de posición de dominio.

En opinión de esta Dirección de Investigación, no existen indicios racionales de la utilización de la información privilegiada de la distribuidora por parte de

la comercializadora en el presente caso, teniendo en cuenta que en las comunicaciones de GN Comercial no se incluye la oferta de productos de la comercializadora y que GN dice desconocer la oferta del instalador.

No obstante, esta Dirección de Investigación considera que la integración de la organización “Expansión”, que realiza actividades por cuenta de la distribuidora en el mercado regulado, en GN Comercial, que actúa en el mercado liberalizado, podría suponer una vulneración del artículo 60 de la LSH. Por consiguiente, se propone al Consejo de la CNC poner en conocimiento de la Comisión Nacional de Energía esta conducta, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 11ª, tercero, función 11ª de la LSH, que le asigna la competencia en la materia, y en los artículos 3.2 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común, en que se establece el deber de colaboración y cooperación entre las Administraciones Públicas.”

8. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y fallar esta Resolución en su reunión de 30 de abril de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley. En el número 3 del mismo precepto legal se añade que el Consejo, a propuesta de la DI, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

A la vista de la denuncia presentada y de la información recabada en este expediente de actuaciones reservadas, este Consejo comparte con la Dirección de Investigación que no existen indicios de infracción de los artículos 1 y 2 de Ley 15/2007 y de los arts. 101 y 102 del TFUE en la conducta de GN Distribución y determinados instaladores, en lo fundamental consistente en el vínculo jurídico existente entre GN Distribución y la empresa instaladora que se adhiere a la “oferta pública” o que firma el contrato de especial colaboración con aquélla, en virtud del cual y a cambio de la captación de nuevos puntos de suministro en un determinado territorio delimitado, GN Distribución se compromete a pagar al instalador (que actúa en régimen de no exclusiva) una determinada cantidad variable en función del número de puntos de suministro efectivamente logrados.

En relación con la actuación de GN Comercial en ese proceso de captación de nuevos puntos de suministro, en lo fundamental consistente en enviar al final del proceso de comercialización de servicios de GN Distribución una carta de apoyo a las ofertas realizadas a los futuros clientes por las empresas instaladoras acogidas a la oferta pública formulada por aquélla (AH 6 al final), el Consejo considera que las actuaciones puntuales denunciadas no presentan indicios suficientes de infracción, en particular, del artículo 3 de la LDC, pero que no cabría descartar la producción de efectos restrictivos

significativos en el mercado de comercialización de gas a clientes finales si se acreditara una vulneración del artículo 60 de la LSH, y si las actuaciones se produjeran de forma más generalizada en las zonas geográficas de distribución exclusiva de GN Distribución.

En cumplimiento del art. 17.1 de la LDC, que establece el deber de la CNC y de los organismos sectoriales de cooperar en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común, pero también del principio general de cooperación entre Administraciones Públicas establecido en el art. 3.2 de la Ley 30/1992, el Consejo coincide con la Dirección de Investigación en poner en conocimiento de la Comisión Nacional de Energía la señalada conducta de GN Comercial, al objeto de lo dispuesto en la Disposición Adicional 11ª, tercero, función 11ª de la LSH.

En mérito a lo que antecede, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA ACORDADO

PRIMERO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar el expediente de información reservada nº expediente S/0173/09, iniciado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a raíz de la denuncia presentada Asociación de Empresarios de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción, Climatización, Electricidad, Mantenimiento y Afines de Madrid contra Gas Natural Distribución SDG, S.A, Gas Natural Comercializadora SDG, S.A. y Gas Natural Servicios SDG, S.A. Gas Natural Comercial SDG, S.L.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento de la Comisión Nacional de la Energía la existencia dentro de GN Comercial SDG, S.L., que actúa en el mercado liberalizado, de la organización denominada "Expansión", dedicada específicamente a promover por cuenta de GN Distribución SDG, S.L., que actúa en el mercado regulado, la incorporación al sistema gasista de aquellas viviendas que todavía no disfrutaban de este combustible, lo que podría suponer una vulneración de la obligación de separación de actividades reguladas y liberalizadas impuesta por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante y a las empresas denunciadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.