

RESOLUCIÓN (Expt. 615/06 GESA GAS/INFOCAL-2)

CONSEJO

Sras.y Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Consejero
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid a 10 de septiembre de 2007

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, Comisión), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 615/06 (2505/04 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado en virtud de denuncia formulada por D. E. J. B., en nombre y representación de la Asociación de Instaladores de Fontanería, Calefacción, Climatización, Gas, Protección contra Incendios y Afines de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (INFOCAL), contra GESA GAS S.A.U. (GESA) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el envío, desde su posición de suministrador único de gas en las Illes Balears, de una carta circular en la que ofrece a los usuarios la posibilidad de realizar simultáneamente al servicio de inspección periódica, obligatoria y gratuita, de las instalaciones de gas, la revisión cuatrienal obligatoria, cuya ejecución está reservada a las Empresas Instaladoras Autorizadas (EIA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 14 de marzo de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC) estimó el recurso interpuesto por INFOCAL contra el Acuerdo de sobreseimiento del SDC de 20 de junio de 2005 por entender que el Servicio había descartado la aplicación del artículo 1 Ley de Defensa de la Competencia (LDC) 16/1989 (que es la aplicable a este expediente) por considerar que entre GESA y ECA-GEST (actualmente ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A., por contracción ACTIVAI, por abreviar en adelante ECA) existía un

contrato de agencia, cuando GESA no puede suscribir contratos de revisión de instalaciones de gas por no ser una empresa instaladora autorizada.

2. El 22 de septiembre de 2006, se recibió en el Tribunal el expediente del SDC en el que consta como acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC, de la que serían autoras GESA y ECA, consistente en la potencial generación de efectos anticompetitivos derivados del acuerdo entre ambas empresas, que por la posición de suministrador e inspector único de GESA, le permite a esta empresa, ofrecer el servicio simultáneo de inspección y revisión de las instalaciones de gas de sus usuarios en unas condiciones ventajosas que no pueden igualar las empresas instaladoras autorizadas, pudiendo desplazarlas del mercado de revisiones.
3. Por Providencia de 16 de octubre de 2006 se admitió a trámite el expediente, se nombró Ponente y se acordó ponerlo de manifiesto a los interesados para que en el plazo de quince días que establece el artículo 40.1 LDC pudieran solicitar vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.
4. El 7 de noviembre de 2006, se recibe escrito de GESA en el que se propone la práctica de las pruebas que estimó pertinentes.
5. El 8 de noviembre de 2006, ECA se recibe escrito en el que se propone la práctica de las pruebas que estimó pertinentes.
6. El 14 de noviembre de 2006, se recibe escrito de INFOCAL en el que se propone la práctica de las pruebas que estimó pertinentes.
7. El 18 de diciembre de 2006, se dicta Auto de Prueba y Vista y se concede plazo para valoración de pruebas.
8. El 11 de enero de 2007, se recibe escrito de valoración de pruebas de GESA.
9. El 18 de enero de 2007, se recibe escrito de valoración de pruebas de ECA.
10. El 24 de enero de 2007, se recibe escrito de valoración de pruebas de INFOCAL.
11. El 12 de febrero de 2007, se recibe escrito de conclusiones de GESA.

12. El 20 de febrero de 2007, se recibe escrito de conclusiones de ECA (ACTIVAIS).
13. El 20 de febrero de 2007, se recibe escrito de conclusiones de INFOCAL.
14. El 28 de junio de 2007, se dicta Providencia para alegaciones sobre el levantamiento de confidencialidad de una serie de folios referentes a la información suministrada en el Anexo I del escrito de GESA de fecha 16 de junio de 2006.
15. El 12 de julio de 2007, se recibe escrito de GESA en relación al levantamiento de la confidencialidad.
16. El 1 de agosto de 2007, el Pleno del Tribunal dicta un Auto sobre el levantamiento de la confidencialidad concediendo plazo para alegaciones.
17. El Consejo deliberó y falló este expediente en su sesión de 6 de septiembre de 2007.
18. Son interesados:
 - ASOCIACIÓN DE INSTALADORES DE FONTANERÍA, CALEFACCIÓN, CLIMATIZACIÓN, GAS, PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS Y AFINES (INFOCAL).
 - GESA GAS S.A.U.
 - ECA-GEST (actualmente ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A., por contracción ACTIVAIS).

HECHOS PROBADOS

1. GESA es la única entidad suministradora de gas en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, pero no está registrada allí como Empresa Instaladora Autorizada (EIA), según consta en escrito de 26 de noviembre de 2003 del Departamento de Seguridad Industrial de la Consejería de Industria y Energía de la citada Comunidad.
2. Con anterioridad a julio de 2003 se inició la relación contractual entre GESA y ECA para que la última prestara los servicios de inspección atribuidos legalmente a la primera.

3. El 1 de julio de 2003, ECA que está registrada como EIA en las Illes envi6 una oferta de referencia 1/97 a GESA para llevar a cabo los servicios de revisi6n de las instalaciones junto con los de inspecci6n que ya venía prestando.

La oferta de ECA en relaci6n a los precios a aplicar en la revisi6n era la siguiente:

“Transcurrido el plazo m6ximo de 6 meses desde el inicio de la operaci6n conjunta de inspecci6n y revisi6n o una vez alcanzado un 50% en la comercializaci6n de la revisi6n de los clientes efectivamente inspeccionados en una zona y en cada periodo de certificaci6n, los precios aplicables ser6n los siguientes:

Suplemento de precio por revisi6n	Hasta 60%	>60% y <70%	>70% y <80%	>80%
	5,8 €	6,1 €	6,5 €	7,0 €

.....

Hasta que no se cumplan estos condicionantes existe un precio fijo de revisi6n:

Revisi6n junto a inspecci6n
12,3 €

.....”

El 14 de julio de 2003, GESA comunica a ECA que conviene la contrataci6n de los servicios de comercializaci6n y realizaci6n de revisiones en las instalaciones de gas de sus clientes durante el a6o 2003 en las condiciones ofertadas.

4. El mantenimiento en perfecto estado de las instalaciones de gas es responsabilidad del usuario y deben realizarse revisiones cada cuatro a6os a trav6s de una EIA, mientras que la empresa suministradora est6 obligada a realizar inspecciones peri6dicas y gratuitas que comprender6n cada a6o, como m6nimo, un 25% de los abonados.

A partir de julio de 2003, GESA comenz6 a comunicar a sus abonados por carta-circular que en el plazo aproximado de un mes se realizaría una visita de inspecci6n y que les agradecería que durante la misma tuvieran disponible su certificado de revisi6n, así como que en el caso de que no dispusieran del mismo en vigor “le rogamos que contacte con

una empresa instaladora autorizada o si lo prefiere, para su comodidad le ofrecemos la posibilidad de realizar la revisión al mismo tiempo que la inspección a un precio de 19,50 euros + IVA, a pagar a través de la factura de gas” (folio 51). Junto a la carta-circular les enviaba un listado de 43 EIA en el que no figuraba ECA, pero con la que tenía un acuerdo para realizar el servicio conjunto de inspección y revisión.

5. Posteriormente GESA hizo una solicitud pública de ofertas mediante anuncio ordinario con forma de adjudicación por procedimiento negociado en el que presentaron ofertas siete empresas, comunicándole a ECA el 31 de marzo de 2004 que había resultado adjudicataria de los servicios relativos a las instalaciones de gas en su ámbito territorial, y comenzando la prestación de los servicios a partir del 1 de abril de 2004. Sin embargo, el contrato no se adjudicó hasta el 2 de noviembre de 2004 (BOE de 27 de enero de 2005), siendo por un período de dos años (el alcance temporal del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2006), prorrogables automáticamente hasta tres, para la realización por ECA y bajo determinadas condiciones, de las inspecciones y revisiones reglamentarias de las instalaciones de gas, en nombre y por cuenta de GESA, fijándose un precio de 19,50 euros + IVA.
6. El contrato tiene por objeto la prestación de servicios para la ejecución de las actividades de inspección y control de los trabajos realizados por ECA en el ámbito de la Propiedad (GESA).
7. GESA ha aportado datos de un muestreo realizado (reflejado en 836 hojas de inspección), referido a los meses de enero y febrero de 2001, donde se pone de manifiesto que sólo 13 usuarios de los inspeccionados (menos del 2%) aportaron copia del certificado de revisión emitido por una EIA, a pesar de que periódicamente se recordaba a los abonados la obligación que tenían de realizar las revisiones en la “Guía del usuario de gas”. Aunque la muestra es representativa ya que la media de las inspecciones mensuales realizadas por GESA en 2001 según datos de la misma fue de 1608,5.
8. El 21 de febrero de 2005, antes del inicio del procedimiento seguido en este expediente, GESA modificó el precio a pagar por el usuario en la revisión de las instalaciones realizadas por ECA, elevándolo a 30 € + IVA y facturando separadamente los servicios de inspección y revisión, sobre la base de que la horquilla de precios en las Illes era de 20 a 45 € (folio 654), aunque antes INFOCAL afirmaba que no había un precio fijo de antemano por las diferentes circunstancias de cada caso, pero que

por dar una indicación podía situarse el precio medio entre 20 y 24 € IVA incluido (folio 159).

9. GESA alegó durante el procedimiento que estaba en fase de tramitación un nuevo Reglamento Técnico para la Distribución y Utilización de Combustibles Gaseosos y sus Instrucciones Técnicas Complementarias en el que se define el concepto de “inspecciones periódicas” englobando tanto las actividades de inspección como la de revisión, así como que en la Comunidad Autónoma Balear se preparaba un decreto para regular las inspecciones y revisiones de gas.
10. GESA alega también que en otras Autonomías (Cantabria, Madrid, Cataluña y País Vasco) el suministrador, ya sea directamente, o a través de una EIA, está autorizado a realizar revisiones, así como que en el expediente 513/01, FAVI/NATURGAS, el TDC aceptó como prueba una copia del Decreto del Gobierno Vasco 28/2002, de 29 de enero, publicado el 14 de febrero de 2002, en cuyo articulado se impone al suministrador la obligación de realizar la revisión de las instalaciones.

El Reglamento en tramitación al que hace referencia GESA ha sido aprobado por Real Decreto 919/2006, de 28 de julio de 2006 (BOE número 211, de 4 de septiembre de 2006), fijándose el plazo de 6 meses para su entrada en vigor.

11. GESA ha aportado información del número de inspecciones efectuadas durante los períodos de tiempo que van desde junio de 2003 (cuando GESA inicia el ofrecimiento del servicio) hasta junio de 2005 (cuando la tarifa aumenta y se sitúa en 30 €) y del que va desde el final del período anterior hasta el 31 de mayo de 2006, a efectos de reflejar aquéllas en las que el usuario no disponía de certificado de revisión así como las que se habían realizado simultáneamente inspección y revisión.

Datos de inspección y revisión de instalaciones de gas Junio 2003-Mayo 2006			
Concepto/fecha	Desde inicio prestación servicio de revisión hasta el incremento de precio (junio de 2003 a 2 junio de 2005)	Desde incremento en precio el 2 de junio de 2005 hasta 31 mayo 2006	Total
Número inspecciones	29.051	20.518	45.569

Número inspecciones que constatan usuario no cuenta con certificado de revisión	27.908	19.340	47.248
Porcentaje de usuarios sin certificado respecto total inspeccionados	96,06%	94,25%	95,31%
Número de inspecciones en que se realizó a la vez revisión	18.541	16.460	35.001
Porcentaje de inspecciones en que se realizó revisión respecto total inspecciones	63,8%	80,2%	70,6%

12. GESA ha facturado y obtenido beneficios en concepto de revisiones, desde el inicio de la prestación del servicio simultáneo de inspección y revisión.
13. INFOCAL ha aportado pruebas de inserciones en prensa o similares publicitando los servicios de sus asociados (previas al inicio de este expediente como con posterioridad), así como de la necesidad de realizar revisiones de las instalaciones de gas periódicamente.
14. ECA es una empresa de ámbito nacional que no prestaba servicios en la Comunidad Autónoma Balear, por lo que hasta su acuerdo con GESA no había efectuado ninguna revisión periódica de instalaciones de gas en dicha Comunidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El artículo 1 Ley 16/1989 (LDC) “prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...”. Las conductas tipificadas en este artículo sólo están prohibidas en relación a impedir/restringir/falsear la competencia en caso de que cumplan una al menos de las siguientes condiciones 1) si

tienen ese objeto; 2) producen ese efecto; y 3) pueden producir el efecto.

2. La normativa sectorial específica aplicable es la siguiente:

- El Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, en su artículo 10.3.o) recoge la obligación del distribuidor de realizar visitas de inspección de las instalaciones de gas de los usuarios, y en su Anexo II dispone que el usuario debe realizar las revisiones obligatorias de las instalaciones de gas.

- El Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre, que aprueba el Reglamento de Instalaciones de Gas en locales destinados a usos domésticos, distingue a las empresas suministradoras de las instaladoras.

- El Decreto 2913/73, de 26 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles, en su artículo 27 establece la obligación de las empresas suministradoras de realizar visitas de inspección periódicas que comprenderán anualmente, como mínimo, un 25% de los abonados así como la obligación del usuario de mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones y de realizar revisiones periódicas de las mismas cada 4 años, utilizando los servicios de un instalador autorizado, quién extenderá certificado acreditativo de la revisión efectuada. En su apartado 5.4 establece que si como resultado de las inspecciones se comprobara que las instalaciones no cumplen la normativa vigente, la empresa suministradora lo comunicará por escrito al usuario o propietario indicándole las modificaciones a introducir y señalando el plazo/plazos en que deben ser realizadas. Si en dichos plazos el interesado no justificare debidamente esas modificaciones, se podrá proceder al corte de suministro. No obstante, existen casos en los que el corte del suministro de gas es inmediato a la vista de la inspección.

3. GESA alega que al realizar sus inspecciones constató que aproximadamente el 97% de los usuarios de gas carecían del preceptivo certificado de revisión de su instalación, por lo que les comunicó que cuando se realizara la siguiente inspección reglamentaria (que es gratuita y cada cuatro años) según consta en el hecho probado 4 deberían disponer del mismo, para lo cual les enviaba una relación de instaladores autorizados (entre los que no figuraba ECA), aunque también les ofrecía la posibilidad de realizar a la vez inspección y revisión. En su opinión, una sanción por el artículo 1 LDC con obligación de cesar en la conducta, llevaría a una situación como la que

existía anteriormente con perjuicio para la seguridad de las instalaciones. Considera además que nada le impide tener una relación contractual con ECA.

Señala que fue denunciada el 10 de febrero de 2004 por llevar a cabo desde una presunta posición de dominio una campaña de publicidad ofreciendo a los usuarios inspección y revisión a precios inferiores a los del mercado, por lo que en un intento de resolver la situación planteada, adoptó unos compromisos con el SDC (entre otros, facturación separada de los servicios de revisión y suministro, lo que ya se venía haciendo, y siguiendo la opinión del SDC, se situó el precio de la revisión de las instalaciones en 30 € ante la horquilla de precios entre 20-45 € que practicaban los instaladores autorizados) que llevaron a que éste acordara el sobreseimiento del expediente, al considerar que no había infracción del artículo 1 LDC por existir una relación de agencia con ECA, ni del artículo 6 LDC, ya que los compromisos impedían el posible abuso en el mercado.

Según GESA, el TDC no aceptó que hubiera una relación de agencia entre GESA y ECA, aunque parece que dio por válidos los razonamientos relativos al artículo 6 LDC. Tanto el TDC como el SDC consideran que se produce una infracción del referido artículo 1 al entender que GESA no tiene capacidad legal para realizar revisiones, pero no han investigado esa afirmación ni consultado sobre ello a la CNE. Al ser la legislación de difícil interpretación, algunas Comunidades Autónomas han aprobado clarificaciones, permitiendo expresamente realizar revisiones al distribuidor y en la mayoría de los casos se prevé que la distribuidora realice la revisión a través de terceros (instaladores autorizados). En su opinión, las autoridades de competencia no deben entrar a determinar si un distribuidor tiene o no esa capacidad legal, ya que en todo caso ello podría ser una infracción de la normativa gasista, pero no de la LDC.

A este respecto, GESA señala que para la CNE existen dos posibilidades: 1) revisión con un instalador autorizado; y 2) contratar el servicio con una suministradora, que bajo su solicitud expresa podrá realizar a la vez inspección y revisión.

Alega que su actuación está amparada por el marco legal y que la Comunidad Autónoma conoce su actuación, pero que ni el Servicio ni el Tribunal han aceptado solicitar información a la misma.

Además, la nueva normativa (el RD 919/2006 entró en vigor el 4 de marzo de 2007) permite que el distribuidor realice revisiones, y en la

Comunidad Balear hay un proyecto de disposición en tal sentido, por lo que en caso de que el TDC decidiese sancionar la conducta, esa sanción estaría amparada por la nueva norma.

Alega que el SDC considera que no se han producido efectos anticompetitivos y que aunque se ha incrementado el número de revisiones realizadas por instaladores ajenos, no habiendo datos de que se haya producido una expulsión del mercado (del 1,5% de los usuarios antes de que GESA empezase a facilitar la revisión de las instalaciones, se ha pasado a casi el 5% y para 2006 se estima en el 7%), estima que el contrato puede tener en el futuro efectos sobre la competencia, lo que se rechaza, ya que no hay datos que prueben que su actuación puede expulsar del mercado a los instaladores ajenos, y no puede haber efecto anticompetitivo en el futuro por su actuación por existir factores que los impiden como el nuevo Reglamento.

Según GESA al no ser el objeto anticompetitivo, para que haya sanción debe haber un elemento intencional o negligente y estima que su conducta se ha basado en la buena fe, y que no se ha demostrado ningún elemento culposo o negligente.

Rechaza las afirmaciones del SDC en relación a que la conducta de una empresa en posición de dominio debe ser cuidadosa en su conducta y que no se ha preocupado en sus decisiones de ello (ya que considera que su actuación ha sido transparente y tratando de que se realicen las revisiones como prueba el envío a los usuarios de una relación de instaladores autorizados) así como la de que existen formas alternativas de resolver la cuestión de la seguridad (que no se concretan, pues no existen), pudiendo verse que la solución de GESA es la mejor de acuerdo con la nueva normativa. La jurisprudencia sobre el deber de la empresa monopolista de extremar las precauciones, se estima que no debe impedir actuaciones para asegurar las óptimas condiciones de las instalaciones.

Alega que el SDC entiende que al no concurrir el elemento subjetivo, ello incide a efectos de la sanción, pero no para declarar prohibida la práctica, aunque ello no se comparte.

Alega existencia de efectos procompetitivos en sus actuaciones, y no comparte que el Servicio entienda que el ajuste del precio de las revisiones a costes ni la nueva normativa, no son suficiente para que el contrato ofreciendo conjuntamente inspección y revisión no haya alterado la competencia.

Considera que los efectos de su conducta son de escasa importancia, por lo que sería aplicable el artículo 3.1 LDC, y solicita que se declare que no se ha producido infracción o en todo caso, que no se la sancione en atención a los hechos acreditados.

4. ECA solicita que se declare la caducidad por el transcurso de los plazos de los artículos 42.2 y 43 LRAP en relación al artículo 92.

Estima que aunque GESA no sea un instalador autorizado nada impide la licitación de inspecciones y revisiones. GESA es garante del suministro y de la seguridad de las instalaciones, ya que según el Decreto de 26 de noviembre de 1973 tiene la facultad de cortar el suministro en caso de que no se atiendan sus indicaciones al respecto.

Alega que tiene con GESA una relación de “agencia”, “comisión” o “mediación” que no se pierde por el hecho de que la suministradora no sea instalador autorizado, y que la oferta en pública concurrencia para todos los agentes del mercado, lleva a que el adjudicatario sea un mero agente o comisionista sin intervención en el resultado final, por lo que no hay, no existe bilateralidad o multilateralidad en el sentido de que la adjudicación pueda analizarse en el marco del artículo 1 LDC.

Considera que la prueba documental ha acreditado que no hay relación entre la oferta 1/97 de 2 de julio de 2003 y la adjudicación de 2 de noviembre de 2004 y que no se pueden producir efectos anticompetitivos aún sin perseguirlos, ya que se trata de una oferta unilateral y no restrictiva, sin ánimo de afectar a la competencia, cuyo resultado no es ilegítimo y su fin la seguridad de las instalaciones. Además, niega que haya efectos potenciales de restricción de la competencia y considera que no existe la concurrencia de los mercados conexos.

Alega también que la nueva Reglamentación ha zanjado la cuestión debatida, al regular que las inspecciones periódicas deben ser realizadas por el distribuidor, utilizando medios propios o ajenos y que el importe derivado de las inspecciones se abonará al distribuidor.

5. INFOCAL niega que entre GESA y ECA haya un contrato de agencia, ya que la primera no está autorizada para efectuar revisiones, por lo que no puede celebrar contratos de esa naturaleza. La alegación de que el servicio se desarrolla a través de una licitación pública, no tiene en cuenta que en 2003, antes de la referida licitación, ya tenían prácticamente la misma relación actual. GESA y ECA consideran un producto realizar a la vez inspección y revisión.

En relación a la actividad de GESA señala lo siguiente:

- respecto a la carta a los usuarios ofreciendo hacer revisión e inspección a la vez a un precio de 19,50 € más IVA y pagar el servicio en la factura de gas, debe tenerse en cuenta que los instaladores autorizados no conocen a los clientes que deben inspeccionarse ni puede ofrecer ese servicio simultáneo, aparte de que al ser la inspección gratuita se disminuyen los costes del suministrador por la misma
- la estructura de costes de 19,50 € no puede asumirse por los instaladores
- se supone que es un error el que se afirme ahora que se procede a facturar independientemente inspección y revisión, ya que la primera es gratuita.
- en caso de que no se tenga el certificado de revisión puede llegarse a cortar el suministro.
- ECA antes no había realizado revisiones y ahora es la que más realiza.
- no se comparte la información aportada en relación al número de usuarios que tenían el certificado de revisión, por estimar que es demasiado pequeño, ya que cada año se inspecciona el 25% de las instalaciones. En todo caso, INFOCAL no tiene los medios de que dispone GESA para hacer un muestreo.

Considera que se produce una infracción del artículo 1 LDC por la actividad de GESA ya que:

- a) Tiene por objeto impedir la competencia: entra en el mercado con una serie de ventajas (suministrador e inspector único, facultad de interrumpir el suministro, conocimiento de los usuarios a inspeccionar y posibilidad de simultanear inspección y revisión) que no tienen sus competidores, que de facto resultan excluidos, siendo prueba de su intención de ocupación del mercado la documentación que obra en el expediente.
- b) Por producir el efecto de afectar a la competencia, ya que cada año se deben inspeccionar y revisar el 25% de las instalaciones, y hasta la entrada de GESA en el mercado, las revisiones las hacían

diversos instaladores autorizados y ahora es ECA quién efectúa prácticamente todas.

c) Por producir, aún sin perseguirlo, el efecto de afectar a la competencia, ya que el usuario buscará la comodidad –inspección y revisión en un solo acto- lo que sólo puede ofrecer GESA. Se considera que GESA abusa de su posición de dominio por la información que recibe y utiliza en beneficio propio incurriendo en competencia desleal, y por la conjunción de inspección y revisión (el coste de la revisión le favorece, al tener que asumir la inspección de forma gratuita).

6. Se solicita por ECA que se declare la caducidad por el transcurso de los plazos de los artículos 42.2 y 43 LRAP en relación al artículo 92.5. A este respecto, cabe señalar que el artículo 50 de la LDC 16/1989 dispone que los procedimientos administrativos en materia de competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente por la Ley 30/1992. Por otra parte, el referido artículo 50 LDC fija el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el SDC en 12 meses desde su iniciación hasta la remisión del expediente al TDC y que cuando el Tribunal estime un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento, el Servicio dispondrá de un plazo máximo de 6 meses a contar desde la notificación de la Resolución del TDC.

El Consejo constata que el SDC incoó el expediente el 30 de junio de 2004, acordando su sobreseimiento el 22 de junio de 2005. El recurso contra el sobreseimiento se estimó por el TDC, recibándose su Resolución en el Servicio el 22 de marzo de 2006. En la instrucción del expediente por el artículo 1 LDC, el SDC incluyó a ECA como parte interesada el 17 de mayo de 2006, redactándose el informe-propuesta con fecha 20 de septiembre de 2006 y remitiéndose el expediente con propuesta de sanción al Tribunal según consta en el registro de salida del Ministerio el 22 de septiembre de 2006, fecha en la que también fue recibido el expediente en el Tribunal, por lo se han cumplido estrictamente los plazos dispuestos por la Ley, razón por la que no se puede aceptar la alegación formulada.

7. El Tribunal en su Resolución de 14 de marzo de 2006 (expediente R 661/05. INFOCAL GESA GAS) estimó el recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento del SDC por entender que éste había descartado la aplicación del artículo 1 LDC al considerar que el contrato entre GESA y ECA era de agencia. El TDC estimaba que GESA no podía suscribir contratos de revisión de instalaciones de gas porque no era una empresa suministradora autorizada y, por tanto, ECA no podía actuar como agente del principal en el mercado de las revisiones. El Tribunal

señalaba que la circular de GESA anunciando una próxima inspección no parecía diferenciar nítidamente su papel de inspector del papel de revisor que no le corresponde, lo que se podría apreciar como un intento de influir en el mercado de revisión de forma no neutral para la competencia, así como que en albaranes aportados al expediente se ponía de manifiesto que no se distinguía frente al usuario entre inspección y revisión. A ello se añadía la posibilidad de solicitar una autorización singular del citado contrato, lo que observó que no se había producido ni antes de la iniciación del expediente ni durante su instrucción.

Se alega que el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que GESA no tiene capacidad legal para realizar las revisiones por no ser una empresa instaladora autorizada y que un aspecto clave para enjuiciar la conducta analizada es determinar si tiene o no esa capacidad, lo que es función del regulador y no de las autoridades de la competencia. El Consejo constata, sin embargo, que en el expediente figura que GESA no está registrada como empresa instaladora, según declaración de la Dirección General de Industria de la Comunidad Balear, luego no tenía capacidad para hacer revisiones y, por tanto, para actuar como principal. Por esta razón no se puede aceptar lo alegado por el suministrador, en el sentido de que el Tribunal tuviera dudas al respecto con independencia de que no es la conducta que se enjuicia y de que su insistencia en que el nuevo Real Decreto permite que el suministrador realice las revisiones, lleva a deducir que antes no tenía esa facultad.

Se alega que la Comisión Nacional de Energía considera que el usuario tiene la posibilidad de realizar la revisión de las instalaciones de gas de dos formas, una de las cuales es contratarla con la empresa suministradora, que bajo su solicitud expresa, podrá realizarle simultáneamente la inspección y la revisión, aunque debe informar de ello a la Comunidad Autónoma para su autorización. Dado que no consta en el expediente que haya habido una autorización administrativa expresa, al menos la empresa no ha aportado ninguna, la Comisión no puede asumir esta alegación. Por otra parte, desde el punto de vista de la competencia ello no presupone la existencia de un único contrato de GESA con un único instalador ECA, que ocasiona una discriminación para el resto de los instaladores autorizados. Además, se aprecia que se induce al usuario a aceptar la realización de la revisión conjuntamente con la inspección al presentarle un albarán con el membrete de GESA, que como suministrador le ofrece una garantía, en el que se le pide que rellene una de las dos casillas: inspección o inspección con revisión. Todo ello con independencia de los privilegios que goza el suministrador (conocimiento de los usuarios a inspeccionar, acceso a domicilio,

garantía de conformidad de la revisión al realizarse a la vez la inspección y cobro del servicio de revisión de igual forma que el de suministro).

GESA está disconforme con la inadmisión y justificación dada de la prueba solicitada consistente en que se oficiase a la Dirección General de Industria de de la Consejería de Comercio, Industria y Energía de las Illes para que confirmase la existencia de una serie de conversaciones y comunicaciones habidas sobre los problemas existentes y las consecuencias que de ellos se podían derivar en relación con la realización de la revisión de las instalaciones. El Consejo no comparte el criterio de GESA, ya que tener una serie de contactos no significa que hubiese autorización.

8. Si se anualizan (calculando medias semestrales y extrapolando al año) las cifras del cuadro del apartado 11 de los Antecedentes de Hecho, e incorporan algunos datos adicionales contenidos en las respuestas de GESA en su escrito de 16 de junio de 2006 a la solicitud de información del SDC, se obtiene el siguiente cuadro:

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Inspecciones/año realizadas por GESA	19.302,0	16.651,0	14.228,5	14.526	18.021,1	20.518,0
Inspecciones con revisiones simultaneas	n.d.	n.d.	5.407	9.270	13.464	16.460,0
Porcentaje de inspeccionados con certificado de revisión	1,3%	n.d.	3,9%	n.d.	5,8%	n.d.
Revisiones realizadas por ECA-GESA respecto al total de inspecciones	n.d.	n.d.	38,0	63,8	74,7	80,2

Fuente: elaboración propia según datos obrantes en el expediente

Este Consejo a la vista de estos datos deduce que el número de inspecciones que GESA venía realizando desde 2001 hasta el periodo 2003-2004, estaba en claro descenso. Sin embargo, esta tendencia comienza a invertirse en el momento en el que GESA y ECA acuerdan ofrecer al titular de la instalación inspeccionada la posibilidad de realizar la revisión simultáneamente. A partir de entonces el número de inspecciones realizadas comienza a incrementarse sustancialmente,

confirmando lo que el acuerdo implica, que es que al realizar conjuntamente inspección y revisión, lo que antes era un coste para GESA, ya que tenía que prestarla gratuitamente a la vez que pagar al inspector correspondiente el coste de la misma, se convierte ahora en un ingreso. Igualmente para ECA, el acuerdo supone que la misma instalación que antes sólo le generaba ingresos con la inspección, le genera ahora ingresos también por la revisión.

Las alegaciones presentadas por GESA respecto a que su objetivo con este acuerdo era dotar a las instalaciones del mantenimiento adecuado para conseguir un grado de seguridad razonable y de que se ha conseguido de manera satisfactoria, pues antes ni siquiera el 3% de los usuarios cumplía con su obligación de revisión, no se ven corroboradas por los datos, puesto que tres años después del acuerdo no llegan al 6% los inspeccionados que tenían previamente certificado de revisión. Sí parece haberse conseguido que la mayoría de los inspeccionados decidieran, ante la facilidad de hacer conjuntamente ambos trámites, realizar la revisión conjuntamente con la inspección, hasta un 80% durante los cinco primeros meses de 2006, lo que supone un aumento de la seguridad. Pero esto lo que demuestra no es que GESA consiguiera concienciar de forma generalizada a los titulares de instalaciones de gas en la necesidad de realizar revisiones para el correcto mantenimiento de sus instalaciones, sino que con su acuerdo con ECA estaba acaparando el mercado de revisiones que sus inspecciones ocasionaban. De haber conseguido dicha concienciación en el mantenimiento de las instalaciones, tan deseable desde el punto de vista de la seguridad, el porcentaje de inspecciones que hubiesen tenido el certificado de revisión previo a la inspección de la instalación habría sido notablemente superior. Se genera una demanda de revisión cuando la inspección constata una falta de certificado de revisión, puesto que los titulares de la instalación vienen obligados a contratar la revisión. En ausencia de acuerdo, y para cumplir con la obligación de la revisión, los titulares de la instalación tendrían que acudir al mercado de instaladores, cuando se les comunicaba que estaban obligados a realizar la revisión, y podían incurrir en interrupción de suministro por falta de seguridad. De hecho, en el impreso de inspección, existe la posibilidad de que se señale un plazo (de 5, 15,...días) para la corrección de los defectos observados a través de un instalador autorizado e incluye la obligación de informar a GESA de la oportuna corrección.

GESA, aprovechando el mandato legal de realización de inspecciones, irrumpe en el mercado conexas de las revisiones distorsionando la competencia entre empresas instaladoras-revisoras, a favor de una

sola, con la que después se repartirá los beneficios derivados de acaparar el mercado de las revisiones, lo que permite calificar al acuerdo como discriminatorio.

9. El nuevo Reglamento Técnico para la Distribución y Utilización de Combustibles Gaseosos y sus Instrucciones Complementarias ICG 01 a 11, publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 4 de septiembre de 2006, cuya entrada en vigor, según su Disposición Final Tercera se produce a los seis meses de su publicación, define el concepto de inspección englobando la actividad de revisión y se alega que está en trámite un Decreto de la Comunidad Autónoma Balear con resultados similares. A este respecto, la Comisión no considera que los comportamientos analizados en este expediente se vean afectados jurídicamente por la nueva normativa, dado que se han producido con anterioridad a su aprobación. En todo caso, la CNC estima que la coincidencia de inspector y revisor en una misma figura, reduce el control de seguridad, con independencia de que el nuevo Reglamento lo permita y algunas Comunidades Autónomas lo hayan autorizado. En todo caso, el artículo 2 de la LDC 16/1989 aplicable a este supuesto, dispone que las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley, por lo que no son admisibles las restricciones de la competencia amparadas por disposiciones con rango inferior al de ley.
10. Se señala que el TDC ha cambiado ahora el criterio que tenía en su Resolución de 18 de diciembre de 2002 (expte. 530/01 FAVI/NATURGAS). Sin embargo, en este expediente el Tribunal se limitó a estudiar la conducta NATURGAS desde la perspectiva del artículo 6 LDC, declarando que aunque la empresa tenía posición de dominio, no se consideraba acreditada una conducta abusiva consistente en ofertar inspección y revisión de instalaciones de gas a precios inferiores a los de mercado. Cabe señalar que NATURGAS solicitó autorización singular para los contratos de arrendamiento de servicios de inspección-revisión, aunque luego desistió de la solicitud.
11. Respecto a la alegación de que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 1998 no puede utilizarse como soporte jurisprudencial del Pliego de Concreción de Hechos al estar recurrida, este Consejo considera que no hace falta su apoyo, ya que la propia redacción del artículo 1 no ofrece dudas en cuanto a que están prohibidas aquellas conductas que tengan por objeto (lógicamente aunque no lo consigan), produzcan (aunque no sea su propósito, igualmente lógico) o puedan producir el efecto de impedir, restringir, o

falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (incluso aunque no lo persigan, de forma similar a los casos anteriores).

12. Se argumenta que el contrato de GESA con ECA tiene su origen en el incumplimiento por parte de los usuarios de sus obligaciones de revisión de las instalaciones de gas, señalándose que en un muestreo realizado en dos meses de 2001 menos del 2% de los usuarios inspeccionados aportaron copia del preceptivo certificado de revisión así como que antes del envío de la carta-circular a los usuarios ofreciéndoles la posibilidad de la realización conjunta de la inspección y la revisión en una única visita, cerca del 97% de los usuarios inspeccionados carecían del referido certificado, a pesar de que dos veces al año se les hacía una comunicación recordándoles la obligación de realizar revisiones periódicas de las instalaciones.

Este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia considera que el contrato tiene un objeto anticompetitivo, y que el contenido de la carta-circular remitida a los abonados al suministro de gas supone una discriminación para el resto de los instaladores autorizados (en tanto que produce que más del 80% de las revisiones las realice ECA, que cada vez tienen menos posibilidades de realizar revisiones y produce una distorsión de la competencia, con las ventajas que al suministrador de gas le proporciona el conocer las necesidades de los usuarios y fechas de inspección así como el poder ofrecer un servicio simultáneo de inspección-revisión no replicable por ningún agente con independencia de la facilidad de acceso al domicilio del usuario por su condición de suministrador, la garantía que éste le proporciona, etc.). Resulta obvio que GESA puede obtener beneficios en tanto que siendo las inspecciones gratuitas, si los precios de la revisión-inspección son de mercado, cubre costes de transporte y desplazamiento e inspección que deberían correr a su cargo, aunque ello no se cuestiona, ya que lo que se considera contrario a la competencia es la discriminación implicada en su acuerdo con ECA.

Este Consejo aprecia también la existencia de efectos anticompetitivos, ya que si bien en la información aportada por GESA (el denunciante pone en duda que sea tan reducido número de usuarios que tenían el certificado de revisión cuando el suministrador decide intervenir) no se ha acreditado una caída del número de revisiones realizadas por instaladores ajenos (en el periodo desde el 2 de junio de 2005 hasta el 31 de mayo de 2006 en relación al comprendido entre junio de 2003 y 2 de junio de 2005 hubo un aumento sólo del 0,75%), pero ello puede deberse tanto a la actividad de INFOCAL y de GESA publicitando sus servicios como al aumento del número de usuarios, por lo que no

puede considerarse acreditada la existencia de efectos competitivos. Se aprecia en la citada información un sensible aumento del número de inspecciones en las que a la vez se realizó la revisión (hasta llegar al 80,2%), por lo que este Consejo considera que el acuerdo de GESA tiene un efecto anticompetitivo, en tanto lleva a que ECA realice la mayoría de las inspecciones e impide que instaladores ajenos puedan desarrollar su actividad normalmente al copar gran parte del mercado, lo que en definitiva perturba al mismo y equivale a una expulsión/limitación del mercado, aunque ésta no se produzca a corto plazo.

Cabe señalar que antes del acuerdo entre GESA y ECA, esta última empresa no había realizado ninguna revisión en la Comunidad Autónoma Balear lo que avala la conclusión anterior (según el denunciante ahora las realiza todas). En todo caso, los datos proporcionados por GESA no diferencian entre aquellos usuarios que contrataron su revisión tras recibir la comunicación de GESA de los que la hicieron con anterioridad a la recepción de la de la misma, por lo que incluso centrándose sólo en que no ha caído el número de revisiones realizadas por instaladores ajenos, no se puede ni acreditar ni descartar que no se hayan producido efectos anticompetitivos.

Así, no cabe hablar exclusivamente de un efecto potencial anticompetitivo como deduce el SDC, en tanto ya se constata ese efecto, lo que lógicamente se produce dado que las condiciones ofrecidas por GESA no pueden igualarse por nadie en la Comunidad Autónoma.

Se alega que no existen comportamientos bilaterales ni concertados, pero está acreditado que la relación existente entre GESA y ECA se inicia con la adjudicación a esta última de los servicios de inspección y se continúa con la oferta 1/97 y la de 2 de julio de 2004 (aceptado por la suministradora el 14 de julio de 2004, aunque los servicios habían comenzado a prestarse a partir del 1 de abril de 2004, no es hasta el 2 de noviembre de 2004 cuando se firma el contrato en vigor). Incluso aunque la relación sólo se hubiera establecido a través de una licitación en la que el suministrador impone las condiciones y el adjudicatario debe aceptarlas, ello no exime de que el contrato entre ambas empresas esté sujeto al artículo 1 LDC y sea un acuerdo bilateral que ocasiona una discriminación para el resto de los instaladores.

13. Tampoco el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia puede aceptar la alegación de que la conducta susceptible de ser sancionada estaría amparada por la nueva normativa, ya que lo que se contempla

en este expediente es una conducta pasada y no la situación actual. Además lo que se cuestiona no es el hecho de la revisión e inspección en sí, sino la forma en que se ha llevado a cabo.

No se comparte tampoco la alegación de que el objeto del contrato tiene por definición la categoría finalística del resultado y que no siendo éste ilegítimo no puede ser contrario al artículo 1 LDC 16/1989, ya que el objeto del contrato es discriminatorio para el resto de los instaladores de gas autorizados y, por tanto, anticompetitivo.

14. Alega GESA que su conducta no reúne la combinación de un elemento objetivo (la conducta en sí) y un elemento subjetivo (intencionalidad/dolo o negligencia/culpa) por lo que no debe ser sancionada. Este Consejo estima, por el contrario, que no se aprecia que la empresa suministradora y monopolista haya tenido una especial preocupación para valorar los posibles efectos anticompetitivos de su conducta por su acuerdo con ECA.
15. Por todo lo anterior, el Consejo considera que el acuerdo entre GESA y ECA (ahora ACTIVAIS) concretado en la aceptación por GESA en julio de 2003 de la oferta de referencia 1/97 de ECA y el contrato de fecha 2 de noviembre de 2004 entre ambas, que no pueden calificarse de menor importancia por afectar a toda la Comunidad, constituyen acuerdos discriminatorios y restrictivos de la competencia que infringen el artículo 1 LDC, siendo responsables de la infracción las empresas GESA y ECA.
16. En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la LDC establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 1 con multas de hasta 900.000 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas. Los criterios para graduar la cuantía de la sanción previstos legalmente son: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia, y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso se aprecia que ha habido un cambio de la normativa (el R.D. 919/2006 entró en vigor el 4 de marzo de 2007) y que en algunas Comunidades Autónomas el suministrador o está autorizado para realizar revisiones o se le impone la obligación de su

realización; que la dimensión del mercado afectado se limita a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; que el efecto sobre los competidores en el mercado de revisiones es importante, ya que como consecuencia del acuerdo entre GESA y ECA el número de inspecciones en que se realizó a la vez la revisión se elevó en 2006 al 80,2% de las inspecciones realizadas; y que la restricción de la competencia se ha limitado al periodo de vigencia de los acuerdos. Adicionalmente, cabe señalar que la responsabilidad de GESA es mayor que la de ECA, dada su posición de monopolista en el suministro y su obligación de realizar inspecciones, lo que le ha permitido obtener beneficios, aunque limitados, en un mercado (el de revisión) en el que no estaba presente. Estas circunstancias llevan a considerar que debe sancionarse a GESA con una multa de 90.000 euros y ECA por su menor grado de participación en la conducta con una de 30.000 euros.

Por todo ello, a la vista de los preceptos señalados y demás de general aplicación, la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que GESA GAS S.A.U. y ECA-GEST (actualmente ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.) han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, por haber realizado acuerdos discriminatorios y restrictivos de la competencia.

SEGUNDO.- Imponer a GESA GAS S.A.U. una multa de noventa mil euros (90.000) y a ECA-GEST (actualmente ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.) de treinta mil euros (30.000).

TERCERO.- Intimar a las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas prohibidas.

CUARTO.- Ordenar a las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Illes Balears en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la Resolución.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá a la que lo incumpla una multa de EUROS SEISCIENTOS (€ 600), por cada día de retraso.

QUINTO.- Los sancionados, justificarán ante la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- La Comisión Nacional de la Competencia vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución.

Notifíquese esta Resolución a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.