

RESOLUCIÓN (Expte. S/0395/11 CALDERAS NATURGAS)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 13 de Febrero de 2014.

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la presente Resolución en el Expediente Sancionador S/0395/11 Calderas Naturgas, instruido por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy ambas extintas.

Han sido Ponentes los Consejeros, Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de Diciembre del 2011, de acuerdo con 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, tuvo entrada en la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia documentación remitida por la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, **con dos escritos idénticos de denuncia** de dos asociaciones de instaladores (FAVI y AMICYF) en los que denunciaban a NATURGAS y a los fabricantes de calderas y calentadores BAXI, ROCA, FAGOR, FERROLI, LAMBORGINI y JUNKERS por

- Posible acuerdo de fijación de precios entre NATURGAS y los fabricantes de calderas y calentadores.
- Abuso de posición de dominio por parte del Grupo NATURGAS en el mercado conexo de instalaciones complementarias al suministro de gas, al tratar de imponer los precios de suministro y montaje de los equipos.

- Falseamiento de la libre competencia por parte de NATURGAS al restringir la competencia en el mercado de instalación.

Lo que infringiría los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- La Dirección de Investigación, hoy extinta, el día 12 de Enero del 2012 **acordó** iniciar una información reservada, bajo la referencia S/0395/11, incorporando a la misma la documentación recibida.

En consecuencia, la Dirección de Investigación hoy extinta, con fecha 1 de Febrero del 2012 **requirió** a NATURGAS una descripción completa de los programas “Plan Renove Calderas”, “Plan Calor Hogar” y “Plan Agua Caliente”, especificando los clientes objetivo, los participantes y los precios, así como que aportaran los contratos correspondientes (Folios 289 al 293). El día 20 de Febrero tuvo entrada la contestación al requerimiento de información (Folios 301 al 324).

Dado que la documentación aportada no daba respuesta completa a la información solicitada, la Dirección de Investigación realizó un nuevo requerimiento de información a NATURGAS, en el que solicitaba lo siguiente (Folios 325 a 329):

- Los Acuerdos de Colaboración con los instaladores, así como los datos de contacto de los instaladores que hubieran participado en las campañas.
- Los Acuerdos con las entidades financieras y los fabricantes.
- Los detalles de la contratación del suministro, en el marco de las campañas.

El día 13 de Abril del 2012 tuvo entrada la contestación al requerimiento de información (Folios 336 al 427).

TERCERO.- Dado que la documentación aportada no daba respuesta completa a la información solicitada, la Dirección de Investigación realizó un nuevo requerimiento de información a NATURGAS, en el que solicitaba aportara los Anexos al Acuerdo de Colaboración con los instaladores (Folios 428 al 432).

La contestación al requerimiento se recibió el día 11 de Junio del 2012 (Folios 434 al 447).

CUARTO.- La Dirección de Investigación, con fecha 25 de Julio del 2012, realizó un nuevo requerimiento a NATURGAS en el que solicitaba determinadas aclaraciones a la información previamente facilitada en referencia, entre otras, a la cláusula de no competencia contenida en el Acuerdo con los instaladores y a la

penalización a los consumidores, por rescisión anticipada del contrato de suministro, contenida en el Acuerdo con una de las entidades financieras (Folios 509 a 512).

La contestación al requerimiento se recibió el día 9 de Agosto del 2012 (Folios 624 a 628).

QUINTO.- La Dirección de Investigación, con fecha 25 de Julio del 2012, realizó requerimientos de información a los fabricantes de calderas y calentadores denunciados, en los que les solicitaba la siguiente información (Folios 497 a 508 y 513 a 520):

- Los detalles de su participación en el diseño y en la puesta en marcha de los Programas de NATURGAS, así como su participación en programas similares de otras comercializadoras.
- Los canales de distribución y venta de sus calderas y calentadores y sus respectivas cuotas, así como la existencia de regímenes de exclusividad.
- Régimen económico aplicado a los instaladores adheridos a los programas de NATURGAS.

Con fecha 31 de Julio del 2012 tuvo entrada la contestación del Grupo FERROLI-LAMBORGINI (Folios 555 al 589).

Con fecha 3 de Agosto del 2012 la de BAXIROCA (Folios 600 al 603).

Con fecha 16 de Agosto del 2012 la de BOSCH [marca JUNKERS] (Folios 631 al 770).

Con fecha 28 de Septiembre la de FAGOR (Folios 774 al 780).

SEXTO.- La Dirección de Investigación, con fecha 25 de Julio del 2012 hizo requerimientos de información a varios de los instaladores adheridos a los programas de NATURGAS (Folio 343) en los que se solicitaba la siguiente información (Folios 461 al 496 y 521 al 524):

- Los detalles de su participación en el diseño y en la puesta en marcha de los Programas de NATURGAS, así como su participación en programas similares de otras comercializadoras.
- Si la adhesión a los Programas implica la obligación de ofrecerlos a los clientes o si se puede optar por realizar ofertas alternativas.
- Si los precios aplicados a los clientes que contratan los Programas son fijados libremente o si se aplica el precio recomendado por NATURGAS, así como los precios practicados en los dos últimos años a estos clientes.

- Acuerdos de colaboración que, en su caso, se hubieran establecido con los fabricantes de los equipos ofrecidos en el marco de los citados Programas, así como la posibilidad de adquirir los mismos u otros equipos a los mismos u otros fabricantes.

Con fecha 3 de Agosto tuvo entrada la contestación de PJS Proyectos e Instalaciones S.L. (Folios 590 y 591), de Naserca Navarra S.L. (Folios 592 y 593), y de Calefacciones Abatxolo (Folios 594 a 596).

Con fecha 7 de Agosto de AIG Mantenimientos S.L. (Folios 604 a 613) y Lusitaniagas S.L. (Folios 614 a 619).

Con fecha 8 de Agosto de Instalaciones Lito S.L. (Folios 620 y 621).

Con fecha 9 de Agosto de Gas Sella S.L. (Folios 622 y 623).

Con fecha 16 de Agosto de Servicios Urbanos de Gas S.L. (Folios 629 y 630).

Con fecha 17 de Agosto de Obremo S.L. (Folios 771 y 773).

Con fecha 20 de Septiembre de Iusturi S.L. (Folios 786 y 787).

Con fecha 19 de Octubre la denunciante AMICYF aportó nueva documentación relativa a la puesta en marcha de una nueva campaña del Plan Calor Hogar (Folios 788 - 800).

SÉPTIMO.- La Dirección de Investigación, hoy extinta, con fecha 18 de Septiembre del 2013 elevó al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinto, una **PROPUESTA** de no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, toda vez que de las actuaciones examinadas como consecuencia de los dos escritos de denuncia, no existen indicios de infracción de los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, ex Artículo 49.3 de la citada Ley.

Y en consecuencia, junto con la Propuesta, los dos escritos de denuncia y las actuaciones practicadas, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Son parte en este expediente

1º la **denunciante** FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES EMPRESARIALES DE FONTANERÍA, SANEAMIENTO, GAS, CALEFACCIÓN Y AFINES DE EUSKADI (FAVI) constituida en 1989 como órgano interprovincial de carácter federativo y sectorial para la representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de las empresas profesionales que integran las Asociaciones provinciales:

- AFOGASCA (Asociación Empresarial de Instaladores y Mantenedores de Alava), organización sin ánimo de lucro, que agrupa y representa a 180 empresas del sector de las instalaciones y mantenimiento de fontanería, gas, calefacción, climatización y afines.
- AFONVI (Asociación Empresarial de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y Afines de Vizcaya) formada por empresarios, personas físicas o jurídicas, que prestan servicios en el sector del agua, gas, calefacción y afines, con un ámbito de actuación en el Territorio Histórico de Vizcaya.
- INSTAGI (Asociación Empresarial de Instaladores y Mantenedores de Guipúzcoa) nace como resultado de la fusión de la Unión Guipuzcoana de Industriales Electricistas y de Telecomunicaciones (UGIE) y la Asociación Empresarial de Fontanería, Gas, Calefacción y Afines de Guipúzcoa. Actualmente agrupa a 727 empresas asociadas y 42 socios colaboradores.

2º la **denunciante** ASOCIACIÓN DE MANTENEDORES DE CALOR Y FRÍO DE EUSKADI (AMICYF-Euskadi), asociación que agrupa a personas físicas o jurídicas que ejerzan dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco la distribución de fluidos térmicos, la explotación y conducción de instalaciones de calor y frío, el mantenimiento, instalación y asistencia técnica, la protección del medio ambiente o los tratamientos de residuos y todas las actividades anexas.

3º la **denunciada** NATURGAS COMERCIALIZADORA SAU (NATURGAS) es un Grupo energético controlado por HC Energía (perteneciente al Grupo Portugués EDP), que realiza actividades de transporte y distribución de gas y comercializa gas y electricidad.

Naturgas Comercializadora SAU es la sociedad del Grupo que se encarga de la actividad de comercialización de gas y electricidad a clientes.

HC Energía realiza también actividades de comercialización de gas y electricidad a través de Hidrocantábrico Energía SAU.

La cuota del Grupo en el mercado de suministro minorista de gas natural para el cuarto trimestre del año 2012 fue del 10,43% por número de clientes, ocupando el cuarto lugar, tras el grupo Gas Natural Fenosa, el grupo Endesa e Iberdrola. Según volumen de venta de gas natural fue del 5,96% ocupando el quinto lugar, según datos de la CNE.

4º JUNKERS/BOSCH forma parte de la División Termotécnica de Robert Bosch GmbH, una de las mayores empresas industriales alemanas y se dedica a la fabricación de sistemas de calefacción y producción de agua caliente.

BOSCH distribuye sus calderas murales y calentadores a gas eminentemente a través de los almacenistas-distribuidores (92% y 66% respectivamente). Adicionalmente, distribuye también a través de grandes superficies, constructores y tiendas de electrodomésticos (6%, 1% y 1% respectivamente, en el caso de calderas murales y 15%, 1% y 18% en el caso de los calentadores a gas).

5º FAGOR ELECTRODOMESTICOS es una empresa perteneciente a la Corporación Mondragón, grupo de cooperativas y empresas, con presencia internacional, que se dedica a la fabricación de electrodomésticos, entre los que figuran calderas murales y los calentadores a gas.

FAGOR distribuye el 95% de su ventas de calderas a través de distribuidores-almacenistas, el 2% a través del canal construcción y el 3% a través de las grandes superficies.

Por lo que se refiere a los calentadores a gas, el 65% de las ventas se realiza a través de distribuidores-almacenistas, el 5% a través del canal construcción y el 30% a través de las grandes superficies y tiendas.

6º FERROLI-LAMBORGINI CALORECLIMA es un grupo multinacional de origen italiano, dedicado a la fabricación, comercialización de soluciones de calefacción y climatización, tanto a nivel doméstico como industrial.

En la actualidad, LAMBORGINI es sólo una marca comercial.

La distribución y comercialización de los productos FERROLI (marcas Ferrolí, Cointra y Lamborghini) se realiza a través de una red de distribución externa y una red comercial interna, además de estar presentes en las grandes superficies.

7º BAXI ROCA es una de las marcas del Grupo BDR Thermea, presente en la fabricación y distribución de productos para calefacción y el agua caliente sanitaria.

Aproximadamente un 65% de la venta de calderas murales BAXIROCA se ha canalizado en 2011 a través de almacenistas-distribuidores, mientras que el 35% restante lo realizan a través de instaladores. La comercialización de calentadores a gas resulta testimonial, en relación a su portfolio, volumen de ventas y mercado. Los canales de distribución y venta son los mismos que para las calderas.

SEGUNDO.- Las campañas llevadas a cabo por NATURGAS se encuadran en tres mercados de producto estrechamente relacionados: **(a)** mercado de distribución y venta de calderas y calentadores a gas; **(b)** mercado de instalación, mantenimiento y reposición de equipos de producción de calefacción y agua caliente sanitaria; y **(c)** mercado de suministro minorista de gas natural a clientes domésticos.

1º Mercado de distribución y venta de calderas murales y calentadores a gas. Precedentes nacionales y comunitarios¹ han distinguido los sistemas de calefacción por agua caliente como independientes y diferenciados de otros sistemas de calefacción, tales como los eléctricos, por aire acondicionado, geotérmicos, radiantes, etc.

Los sistemas de calefacción por agua caliente a su vez están compuestos por (i) elementos generadores (calderas), (ii) equipos emisores (radiadores y paneles de hierro fundido) y (iii) complementos.

Los equipos generadores a su vez pueden dividirse en calderas murales y de pie. El uso de uno u otro tipo de calderas viene determinado fundamentalmente por la dimensión de la construcción en la que vaya a ser instalada. Así, se suelen instalar calderas de pie en cualquier tipo de edificación diferente a viviendas (como colegios, hoteles, hospitales o edificios de la Administración) ya que tienen mayor potencia. Por lo que se refiere a las viviendas, la tendencia general (especialmente pisos) radica en la instalación de calderas murales por cuestiones de espacio y comodidad, siendo también posible instalar calderas de pie en viviendas unifamiliares de gran dimensión o en edificios de viviendas con calefacción central.

En cuanto al combustible, las calderas murales utilizan fundamentalmente el gas, mientras que las de suelo básicamente el gasóleo, por lo que en cuanto a la distribución geográfica, las murales son esencialmente urbanas, donde alcanza

¹ Case No COMP/M.5573 - REMEHA GROUP /BAXI HOLDINGS, Autoridad de Defensa de la Competencia Italiana: (i) procedimiento número 8949 (C4292) ELECTWEALTH/NEWMOND-BAXI HOLDINGS, de fecha 30/11/2000; (ii) procedimiento número 11422 (C5460) FERROLI/LAMBORGHINI CALOR de fecha 21/11/2002; (iii) procedimiento número 9118 (C4394) VAILLANT/HEPWORTH, de fecha 18/01/2001, y Autoridad de Defensa de la Competencia Francesa: decisión de fecha 9 de octubre de 2001, referente a la sociedad MERLONI TERMOSANITARI SpA (BOCCRF N° 2 de 31/01/02).

la red de gas canalizado, y las de suelo son básicamente rurales, donde llega el gasóleo suministrado fundamentalmente en camiones.

En función del material de la caldera se distingue el acero y cobre en calderas murales y el hierro fundido y acero para las calderas de suelo.

También pueden distinguirse por su funcionalidad, existiendo calderas sólo para calefacción y calderas mixtas para calefacción y agua caliente sanitaria.

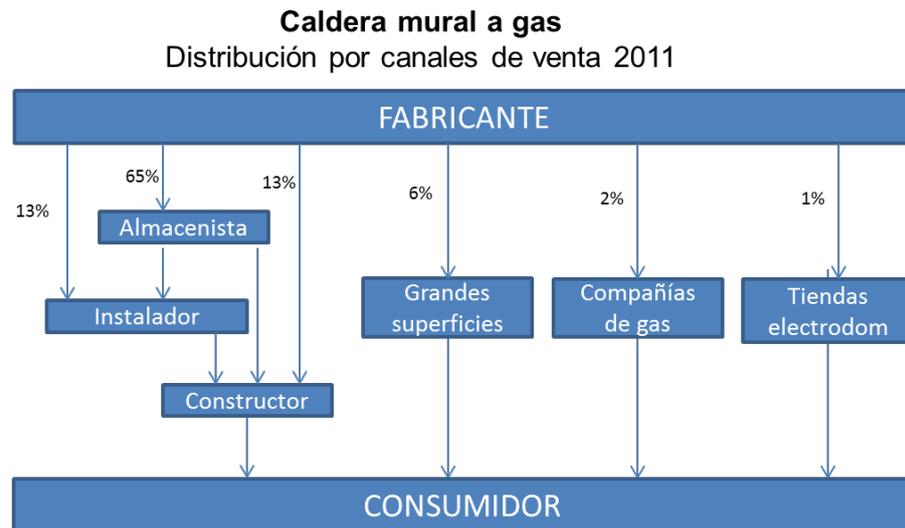
Respecto al tipo de combustión, puede distinguirse entre las calderas atmosféricas y las estancas, en función de si entran en contacto o no con el aire del local donde están instaladas. Dentro de las calderas estancas, se distinguen las convencionales, las de bajo NOx y las de condensación. Las de bajo NOx están dotadas de un sistema de combustión que permite disminuir la emisión de los óxidos de nitrógeno respecto a una caldera convencional y las de condensación son calderas de alto rendimiento, basado en el aprovechamiento del calor de condensación de los humos de la combustión.

De acuerdo con lo anterior, las posibilidades de clasificación de las calderas son múltiples y variadas, siendo las calderas afectadas por el presente expediente las murales a gas de condensación y de bajo NOx clase 5.

Los mismos precedentes han considerado que los mercados son de dimensión nacional. Esta definición nacional del mercado geográfico viene dada por la diferencia de precios y las diferencias en las preferencias de los consumidores, tanto en sistemas de calefacción como en la energía mayoritariamente utilizada, entre distintos países. Adicionalmente, existen diferencias en las normativas nacionales de orden técnico, a pesar de las Directivas de ámbito europeo que definen las características esenciales de los equipos de calefacción. Por último, la implantación a gran escala en España depende de la proximidad del distribuidor y del servicio postventa.

Los canales de distribución y venta de las calderas domésticas son variados, aunque los fabricantes se inclinan mayoritariamente por los almacenistas/distribuidores. Además, emplean otros canales de distribución como las tiendas especializadas, las grandes superficies comerciales o los propios instaladores. No todos los fabricantes distribuyen sus productos a través de todos los canales de distribución.

De acuerdo con la información aportada por BOSCH, las cuotas de mercado de cada uno de los canales de venta de calderas y calentadores para la totalidad del mercado fueron las que se muestran en la gráfica siguiente en 2011:



Fuente: BOSCH

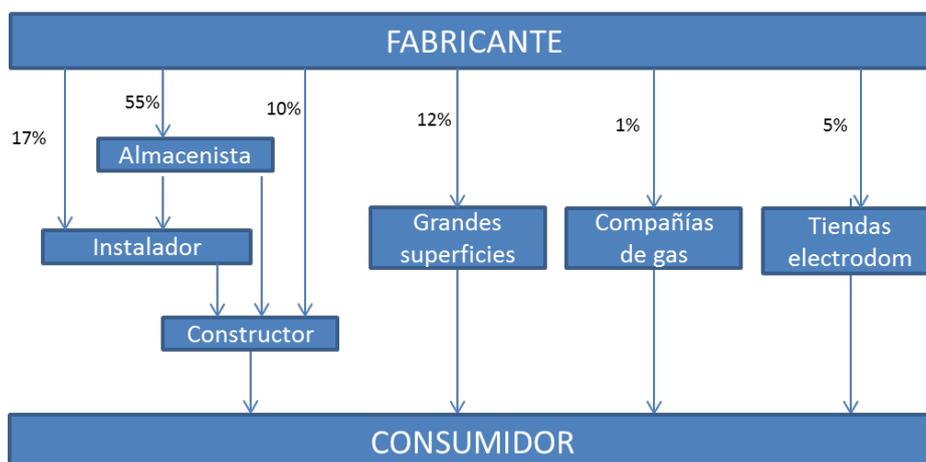
Independientemente del canal de adquisición de los aparatos, las calderas siempre deben ser instaladas por una empresa instaladora habilitada, tal como se verá con posterioridad.

Por lo que se refiere a los calentadores, deben distinguirse de las calderas por su funcionalidad, ya que generan únicamente agua caliente sanitaria y no calefacción.

Puede distinguirse entre los calentadores atmosféricos y los estancos, en función de si toman el aire de la habitación o lo aspiran del exterior, siendo estos últimos más seguros. Además, existen calentadores con distintos sistemas de encendido.

Los sistemas de distribución y venta de los calentadores son los mismos que los de las calderas domésticas, la mayoría de los instaladores realizan instalaciones tanto de calderas como de calentadores y la mayoría de los fabricantes fabrican ambos tipos de productos, por lo que, a los efectos del presente expediente, no se considera necesario definir un mercado diferenciado para cada uno de los productos (calderas y calentadores), en la medida en que el análisis no varía sustancialmente en función de que se tome como referencia una definición más o menos estrecha del mercado. Por tanto, cuanto se refiera a las calderas en la presente propuesta, debe ser igualmente entendido para los calentadores.

Calentador de agua a gas
Distribución por canales de venta 2011



Así, para el presente caso, será considerado como mercado relevante el mercado de distribución y venta de las calderas murales y los calentadores a gas.

2º Mercado de instalación y mantenimiento de calderas murales y calentadores a gas. De acuerdo con el artículo 19 del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios-RITE (aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio), la ejecución de las instalaciones fijas de climatización (calefacción, refrigeración y ventilación) y de producción de agua caliente sanitaria, destinadas a atender la demanda de bienestar térmico e higiene de las personas, debe ser realizada por empresas instaladoras habilitadas.

Igualmente, de acuerdo con el artículo 26 del citado Reglamento, las operaciones de mantenimiento de dichas instalaciones deberán ser realizadas por empresas mantenedoras habilitadas. Entre las operaciones de mantenimiento preventivo que se establecen, se incluye la Revisión general de calderas de gas², que debe realizarse con carácter anual³.

Las empresas instaladoras y empresas mantenedoras deben observar una serie de condiciones y requisitos para su habilitación administrativa. Las personas físicas, con capacidad técnica para desempeñar las actividades de instalación y mantenimiento de las instalaciones térmicas de edificios, deberán estar en posesión de un carné profesional, expedido por las Comunidades Autónomas, debiendo ejercer su actividad en el seno de una empresa instaladora o mantenedora de instalaciones térmicas.

² En ocasiones se suele confundir esta revisión con la inspección de gas natural, que es obligatoria cada 5 años

³ Excepto en el País Vasco donde la revisión obligatoria es bianual.

Con frecuencia, este mercado está integrado con el de fabricación y venta de los aparatos, ya que las empresas instaladoras son, a su vez, distribuidoras de determinadas marcas de aparatos o trabajan para determinados canales de venta.

Por otra parte, los fabricantes de aparatos suelen ofrecer adicionalmente servicios de mantenimiento preventivo a los consumidores finales (servicios oficiales de las marcas), que llevan a cabo mediante una red propia o la subcontratación de empresas mantenedoras habilitadas.

Por su parte, las compañías suministradoras de gas natural ofrecen también servicios de mantenimiento, que llevan a cabo mediante una red propia o la subcontratación de empresas mantenedoras habilitadas, que pueden formar parte o no de los servicios oficiales de las marcas. Además, los programas de las compañías suministradoras suelen incluir la inspección periódica obligatoria, cada 4 años, y una revisión anual preventiva de toda la instalación.

De acuerdo con el artículo 39 del RITE, el certificado de registro de empresa instaladora o mantenedora autorizada tendrá validez en toda España, **por lo que el ámbito geográfico del mercado podría ser nacional**, en la medida en que cualquier instalador puede ejercer su actividad en todo el país.

Sin embargo, la autorización y registro de las empresas instaladoras y mantenedoras deben ser efectuados ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre su sede social o en la que desee ejercer su actividad. En el caso de querer ejercer la actividad en una Comunidad Autónoma distinta de aquella en la que está inscrita, será preceptiva la **notificación previa** ante la Comunidad Autónoma en la que vaya a realizar sus actividades. A la vista de lo anterior, podría plantearse una definición del mercado geográfico más estrecha, puesto que **la necesidad de registro previo en cada Comunidad Autónoma a la hora de ejercer la actividad puede actuar como barrera de entrada en los distintos ámbitos geográficos**.

Por otra parte, las empresas instaladoras y mantenedoras, especialmente las de menor tamaño, operan en un ámbito geográfico local/regional, **lo que reforzaría la definición de un mercado geográfico de ámbito regional**.

No obstante, en el presente caso no se considera necesaria una definición concreta del ámbito geográfico del mercado, al no afectar éste a las conclusiones alcanzadas, por lo que se deja abierta la definición del mismo.

Igualmente, podría plantearse la definición de mercados diferenciados para las actividades de instalación y mantenimiento, teniendo en cuenta que ambas actividades no son llevadas a cabo necesariamente por las mismas entidades (hay entidades que llevan a cabo ambas actividades y entidades que desarrollan

sólo una de las dos actividades), que deben estar inscritas en registros diferenciados y que las empresas comercializadoras de energía observan políticas distintas para la contratación de estos servicios, ya que en algunos casos lo hacen de forma conjunta y en otros de forma separada. Sin embargo, en la medida en que dicha definición no afecta a las conclusiones alcanzadas, no se considera necesaria tal distinción a los efectos del presente expediente.

En el presente caso, los equipos de producción de calefacción y agua caliente sanitaria que se ven afectados son únicamente las calderas murales y los calentadores a gas, **por lo que se considerará como relevante el mercado de instalación y mantenimiento de calderas murales y calentadores a gas.**

3º Mercado de suministro minorista de gas natural a clientes domésticos. La actividad de suministro minorista comprende la adquisición de gas natural para su venta a los consumidores, a otros comercializadores o para realizar tránsitos internacionales, para lo que resulta preciso acceder a las instalaciones de terceros de transporte y distribución.

Los precedentes más recientes han optado por diferenciar los mercados de suministro por el tipo de cliente, teniendo en cuenta las diferencias en volúmenes de consumo, patrones de demanda, tipos de contrato, relaciones con los clientes, márgenes comerciales, etc. Así, se ha distinguido entre suministro a grandes clientes o clientes industriales (que se asimila al suministro a alta presión), suministro a clientes residenciales y PYMES (que se asimila a baja presión) y suministro a centrales de ciclo combinado para generación eléctrica.

Asimismo, los precedentes consideran que estos mercados tienen una dimensión geográfica nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional.

A los efectos del presente expediente, **se considerará mercado relevante al suministro minorista de gas natural a clientes domésticos**, ya que las campañas de NATURGAS objeto de investigación han sido destinadas a consumidores domésticos.

TERCERO.- En orden a los hechos y conductas denunciadas, la Dirección de Investigación hoy extinta hace un minucioso y pormenorizado examen de los varios Planes y lo hace separadamente.

1º Plan Calor Hogar

De acuerdo con NATURGAS, el “Plan Calor Hogar” se inició con fecha de 19 de septiembre de 2011, estando prevista una duración de 6 meses (hasta el 31 de marzo de 2012). De acuerdo con los denunciados, esta campaña fue iniciada

a mediados del año 2010⁴ (folio 15). De acuerdo con la documentación que obra en el expediente, el plan ya estaba en vigor con fecha 26 de julio de 2011⁵ y, de acuerdo con la información que aparece en su página web, continuará en vigor hasta el 31 de marzo de 2013⁶.

NATURGAS aclara que en 2010 “desarrolló otra campaña de características asimilables a la del Plan Calor Hogar pero que, internamente, no se considera como parte de la misma campaña sino distintas campañas promocionales desarrolladas en distintas temporadas” (folio 624). Aclara igualmente que la intención es que este Plan se ponga en marcha en el cuarto trimestre de cada año con una vigencia de seis meses (aproximadamente de septiembre/octubre a abril).

El Plan consiste en ofrecer a clientes de gas con bajo consumo (sólo cocinas), que fueran potenciales clientes de calefacción, la instalación de una caldera de condensación de bajo NOx clase 5, del gas natural (desde la llave de la ventana hasta los aparatos) y de 6 radiadores de aluminio (45 elementos), a un precio atractivo y con unas condiciones ventajosas de financiación.

De acuerdo con la publicidad incluida en su página de web (folio 49) y los folletos publicitarios, que fueron aportados por los denunciantes⁷ (folios 107 y 235), el precio de la oferta sería “desde 45,58 €/mes”, siendo esta “cuota calculada para el precio de la oferta 3.600 € (IVA incluido)” (subrayado añadido). El importe máximo a financiar sería de 4.640 € (IVA incluido). Se incluye, asimismo, la cuota mensual a pagar en distintas modalidades de financiación (a 1, 2 y 5 años).

En la publicidad aportada con posterioridad por NATURGAS⁸ (folios 310 a 324), sin embargo, se hace referencia al “precio recomendado de la oferta” (subrayado añadido).

Según la citada publicidad, la concesión de la financiación estaría supeditada a los criterios de análisis de riesgos de las entidades financieras adheridas a Credigas⁹.

⁴ De acuerdo con los denunciantes, el “Plan Calor Hogar” sucede al “Plan Instale”, que a su vez fue sucesor del “Plan Confort”, iniciado en 2007, siguiendo el mismo esquema del “Plan Renove” liderado por el Departamento de Industria del Gobierno Vasco, en el que también participó NATURGAS en colaboración con otros agentes.

⁵ La documentación aportada por FAVI incluye copia de la información disponible en la página web de NATURGAS, de fecha 27 de julio de 2011. Véanse folios 47 a 54.

⁶ Información disponible en la página web de NATURGAS a fecha 23 de enero de 2013.

⁷ La información publicada en la página web de NATURGAS que ha sido aportada por los denunciantes corresponde a la fecha 26/07/2011.

⁸ La información publicada en la página web de NATURGAS que ha sido aportada por la propia NATURGAS corresponde a la fecha 17/02/2012 y coincide con la recabada por la DI durante la instrucción, con fecha 23/01/2012.

⁹ Credigas: Crédito en condiciones ventajosas ofrecido por NATURGAS para la financiación de instalaciones energéticas. De acuerdo con la información recogida en los folletos, eran 6 las entidades adheridas a Credigas (BBK, Kutxa, Caja Laboral, Ipar Kutxa, BBVA y Banco Guipuzcoano), aunque, según la información disponible en la página web de

Por lo que se refiere a la caldera, la publicidad de la campaña reza “*Elígela entre las mejores marcas del mercado*”, incluyendo a continuación los logotipos de determinados fabricantes. Las marcas incluidas varían en los distintos folletos y anuncios. Así, en la información disponible en la página web en julio de 2011 (folio 49), aparecen 9 fabricantes¹⁰, en el folleto aportado por los denunciantes y por NATURGAS (folios 107, 316 y 317) aparecen 5 fabricantes¹¹ y en la aportada con posterioridad por NATURGAS (folios 311 y 322) y la recabada por la DI (folio 449) aparecen únicamente 4 fabricantes¹².

Esta promoción estaría condicionada al alta del suministro con NATURGAS¹³. Si al contratar el “Plan Calor Hogar”, se contrata también el servicio de mantenimiento Funciona Plus¹⁴, se ofrece el 20% de descuento en el término fijo del gas, el 2% en el consumo de luz y un 50% en la cuota del primer año de Funciona Plus.

La información sobre esta campaña se realizó a través del envío por la comercializadora de un folleto junto con la factura de gas de NATURGAS a los clientes que tuvieran la tarifa de acceso 3.1. Esta carta fue remitida a aproximadamente 180.000 clientes de NATURGAS. También se envió una carta explicativa de la promoción y un folleto a clientes de sólo luz en edificios multifamiliares dotados de acometida de gas natural y con al menos un cliente de gas en tarifa de acceso 3.2. Se remitieron aproximadamente 50.000 cartas de este tipo. La campaña también se publicitó a través de folletos distribuidos en oficinas y canales comerciales, anuncios en prensa e información de la oferta en la web.

De acuerdo con NATURGAS, al tratarse de una campaña promocional, no se realizó un seguimiento exhaustivo de la actividad, por lo que no es posible contabilizar el número de clientes adheridos. Afirma que los acuerdos alcanzados entre los clientes y los instaladores, así como la ejecución efectiva de la sustitución, no se reportan a NATURGAS, por lo que no tiene posibilidad de identificar, de todos los nuevos suministros acogidos a la tarifa 3.2, los que son consecuencia de la campaña (folio 303).

HIDROCANTÁBRICO ofrece el mismo programa, en condiciones similares. De acuerdo con la publicidad incluida en su página web (folios 47, 48, 453, 454 y

NATURGAS con fecha 22 de junio de 2012 pasaron a ser 3 (BBK, IPAR KUTXA y KUTXA) y con fecha 23 de enero de 2013, sólo 2 permanecen (BBK y KUTXA).

¹⁰ Ariston, BaxiRoca, Cointra, Chaffoteaux, Fagor, Ferroli, Hermann, Junkers y Wolf

¹¹ Fagor, Ferroli, Junkers, Roca y Lamborghini.

¹² Fagor, Ferroli, Junkers y Lamborghini

¹³ Aunque en la publicidad no se especifica si se trata únicamente del suministro de gas natural o también del de electricidad, NATURGAS confirma en su contestación de 9 de agosto de 2012 (folio 625) que se trata sólo del suministro de gas natural.

¹⁴ Funciona y Funciona Plus son dos programas ofrecidos por NATURGAS, que consisten en la prestación de servicios de mantenimiento y reparaciones de las instalaciones de gas y electricidad. Funciona Plus incluye, además de las prestaciones del programa Funciona, la revisión y mantenimiento anual de la caldera o calentador.

455), el precio sería “desde 80,08 €/mes”. Al igual que en el caso de NATURGAS, en la documentación aportada por los denunciantes se recoge que esta cuota ha sido calculada para el “precio de la oferta 3.600 (IVA incluido)” (folio 48), mientras que en la recabada con posterioridad por la DI, aparece “precio recomendado de la oferta 3.600 €” (folios 454 y 455).

La concesión de la financiación se realizaría en condiciones preferentes a través de CajAstur o BS Fincom, estando supeditada a sus criterios de análisis de riesgos. En la publicidad se incluye, asimismo, la cuota mensual a pagar en distintas modalidades de financiación (a 1, 2 y 5 años).

2º Plan Agua Caliente

De acuerdo con NATURGAS, el “Plan Agua Caliente” se inició con fecha de 1 de junio de 2011, estando prevista una duración de 6 meses (hasta 31 de marzo del 2012)¹⁵. Sin embargo, de acuerdo con la información disponible en su página web, a fecha 23 de enero de 2013, el plan continuará en vigor hasta el 31 de marzo de 2013.

La campaña se refiere a la sustitución del antiguo calentador de agua por uno de gas natural. El Plan consiste en ofrecer a potenciales clientes de gas, con consumo sólo de agua caliente, la instalación de un calentador estanco con kit de evacuación y la instalación del gas natural (desde la llave de la ventana hasta el calentador), a un precio atractivo y con unas condiciones ventajosas de financiación.

De acuerdo con la publicidad incluida en su página de web (folio 52) y los folletos publicitarios (folio 164.1 bis), aportados por los denunciantes¹⁶, el precio de la oferta sería “desde 18,27 €/mes”, siendo esta “cuota calculada para el precio de la oferta 968,14 € (IVA incluido)”.

En la publicidad recabada con posterioridad por la DI¹⁷ (folio 451), sin embargo, se hace referencia al “precio recomendado de la oferta”.

La concesión de la financiación estaría supeditada a los criterios de análisis de riesgos de las entidades financieras adheridas: BBK, Caja Laboral, Ipar Kutxa, Banco Guipuzcoano y Kutxa¹⁸.

¹⁵ Esta información reproduce la aportada por NATURGAS, aunque, de acuerdo con estas fechas, la duración del Plan sería de 10 meses y no de 6.

¹⁶ La información publicada en la página web de NATURGAS que ha sido aportada por los denunciantes corresponde a la fecha 26/07/2011.

¹⁷ La información publicada en la página web de NATURGAS que ha sido recabada por la DI durante la instrucción corresponde a la fecha 23/01/2012.

¹⁸ A fecha 23 de enero de 2013, únicamente figuran dos entidades adheridas: BBK y Kutxa.

Por lo que se refiere al calentador, la publicidad de la campaña reza “a elegir entre 3 modelos”, incluyendo a continuación los modelos disponibles, que corresponden a las marcas Junkers, Fagor y Cointra (folios 50, 164.1 bis y 451)¹⁹.

Esta promoción estaría condicionada al alta de suministro con NATURGAS. Si al contratar el “Plan Agua Caliente” se contrata también el servicio Funciona, se ofrece el 20% de descuento en el término fijo del gas, el 2% en el consumo de luz y un 50% en la cuota de Funciona.

La publicidad de esta oferta se realizó a través de folletos distribuidos en oficinas y canales comerciales, anuncios en prensa e información en la web de NATURGAS. No se realizó ninguna campaña de envío promocional a los clientes (*mailing*).

De acuerdo con NATURGAS, al tratarse de una campaña promocional, no se ha realizado un seguimiento exhaustivo de la actividad, por lo que no es posible contabilizar los clientes adheridos a esta oferta.

HIDROCANTÁBRICO ofrece el mismo programa, en condiciones similares. De acuerdo con la publicidad incluida en su página web (folios 52 y 53), el precio sería desde 21,54 €/mes.

En este caso, la concesión de la financiación se realizaría en condiciones preferentes a través de CajAstur o BS Fincom²⁰, estando supeditada a sus criterios de análisis de riesgos. Se incluye en la publicidad, asimismo, la cuota mensual a pagar en distintas modalidades de financiación (a 1, 2 y 5 años).

3º Plan Renove Calderas

De acuerdo con NATURGAS, el “Plan Renove Calderas” se inició el 1 de noviembre de 2011, estando prevista una duración de 5 meses (hasta 31 de marzo de 2012). Sin embargo, consta en el expediente que dicho plan fue iniciado con anterioridad, ya que, en el correo electrónico remitido por NATURGAS que ha sido aportado por FERROLI, se especifica que “*La duración de las campañas [en referencia al Plan Calor Hogar y al Plan Renove] será de un año, que comenzará en el mes de octubre-noviembre de 2010*” (folio 802).

El Plan consiste en ofrecer a los clientes que tienen contratado con NATURGAS el servicio Funciona o Funciona Plus, la posibilidad de realizar el cambio de su caldera a un precio atractivo y con unas condiciones ventajosas de financiación. El Plan incluye la instalación de una caldera²¹.

¹⁹ De acuerdo con la información disponible en la página web de NATURGAS, a 23 de enero de 2013, participaría una marca adicional a las anteriores: Ariston.

²⁰ Las entidades financieras asociadas son ampliadas con posterioridad, de acuerdo con la información recabada por la DI (folio 455), incluyendo también a Caja Cantabria, Caja Extremadura y CCM.

²¹ La publicidad se refiere a la instalación básica, manteniendo la ubicación de la caldera.

De acuerdo con la documentación aportada por NATURGAS y la recabada por la DI²², la publicidad incluida en su página de web (folios 324 y 452) y los folletos publicitarios (folios 319 y 320) indican un precio “desde sólo 20,26 €/mes”, siendo esta “cuota calculada para el precio recomendado de la oferta 1.600 € (IVA incluido)”. También indica “Precio en función del modelo de caldera a instalar”.

La concesión de la financiación estaría supeditada a los criterios de análisis de riesgos de las entidades financieras adheridas, siendo las entidades adheridas: BBK, Kutxa, Caja Laboral, Ipar Kutxa, BBVA y Banco Guipuzcoano²³.

Por lo que se refiere a la caldera, la publicidad de la campaña reza “*Elígela entre las mejores marcas del mercado*”, incluyendo a continuación los logotipos de determinados fabricantes. Las marcas incluidas varían en los distintos folletos y anuncios. Así, en la información disponible en la página web en enero y febrero de 2012 (folios 324 y 452), aparecen 4 fabricantes²⁴, mientras que en el folleto aportado por NATURGAS (folios 319) aparecen 5 fabricantes²⁵.

La comunicación a los clientes se realizó por la comercializadora a través de la inserción de un folleto promocional junto con la factura enviada a los clientes que tuvieran la tarifa de acceso 3.2. Esta acción promocional se dirigió a aproximadamente 65.000 clientes. La campaña también se publicitó a través de folletos distribuidos en oficinas y canales comerciales, anuncios en prensa e información de la oferta en la web.

De acuerdo con NATURGAS, esta oferta ha sido contratada por 284 clientes²⁶ (folio 304).

CUARTO.- A los efectos subsiguientes, son participantes en los Programas de NATURGAS:

1º Instaladores. Son los que realmente ponen en práctica los programas de NATURGAS, ya que son los que firman los contratos con los clientes finales tanto para la instalación de los equipos, que ejecutan directamente, como para la solicitud de la financiación y el alta del suministro, que llevan a cabo en nombre del cliente, ante las entidades financieras y la propia NATURGAS.

De acuerdo con NATURGAS, “*la prestación de este servicio se ofreció a las empresas con las que habían trabajado previamente las empresas*”

²² La información publicada en la página web de NATURGAS que ha sido aportada por la propia NATURGAS corresponde a la fecha 17/02/2012 y coincide con la recabada por la DI durante la instrucción, con fecha 23/01/2012.

²³ A fecha 23 de enero de 2013, únicamente figuran dos entidades adheridas: BBK y Kutxa.

²⁴ Fagor, Ferroli, Lamborghini y Junkers

²⁵ Se añade Baxiroca

²⁶ Indica NATURGAS que en este caso sí es posible estimar el número de adheridos al Plan, ya que para la correcta prestación del servicio Funciona es preciso el registro del modelo de caldera y los cambios de la misma.

comercializadoras del grupo y, por tanto, respecto de las que existía una relación de confianza en la calidad de los servicios que prestaban” (folio 305).

Indica NATURGAS que no existen contratos específicos para estas ofertas firmados entre ésta y los instaladores, sino que sus relaciones se enmarcan en Acuerdos de Colaboración Comercial de carácter general entre NATURGAS y las entidades instaladoras.

NATURGAS facilita el Acuerdo de Colaboración Comercial suscrito con las empresas instaladoras [...]

[...]
[...]

Según lo recogido en la cláusula primera del Acuerdo de Colaboración Comercial, [...].

Sin embargo, NATURGAS asegura que [...] en relación con las campañas objeto de análisis. Asegura que [...]

En este sentido, los denunciantes aportaron un correo electrónico, de fecha 15 de julio de 2011, enviado por NATURGAS a determinados instaladores, en relación al “Plan Renove Calderas” en el País Vasco (folio 19) y otro, de fecha 3 de octubre de 2011, relativo al “Plan Renove Calderas” 2011 (folio 105). Igualmente, NATURGAS aportó con posterioridad un correo, referente a la misma campaña, remitido con fecha 25 de noviembre de 2011 (folio 447). Finalmente, los denunciantes han aportado un correo electrónico de fecha 5 de octubre de 2012, que corresponde al “Plan Calor Hogar 2012” (folios 789 y 790).

NATURGAS ha facilitado igualmente el listado de las empresas instaladoras que han solicitado participar en las campañas realizadas²⁷. El listado incluye a [...] (folio 343).

De acuerdo con NATURGAS, ésta “selecciona aquellas Comunidades Autónomas en las cuales realiza una promoción activa de la campaña. No obstante, en la medida en que las condiciones de la campaña son publicadas en la página web de NATURGAS, cualquier consumidor, con independencia del territorio en el que se encuentre, podría solicitar acogerse a estos planes. Por este motivo, en algunos casos, empresas instaladoras situadas en Comunidades Autónomas en las que NATURGAS no ha promocionado activamente la campaña [...], sin embargo, han solicitado participar en las mismas.” (folio 337).

²⁷ En respuesta a un requerimiento de información realizado a varios de los instaladores de este listado, dos de las entidades contactadas afirmaron no haber participado en los programas de NATURGAS.

Por otra parte, el Acuerdo incluye, en la cláusula decimosexta, un Pacto de no competencia, por el cual [...]. Este compromiso de no competencia [...].

Manifiestan las Partes expresamente en el Acuerdo que, [...].

2º Entidades Financieras participan en los programas de NATURGAS aportando financiación a los consumidores para la instalación de los aparatos, en condiciones preferentes negociadas por NATURGAS.

De acuerdo con NATURGAS, solicitó información a varias entidades y se seleccionaron las ofertas en función del tipo de interés facilitado y el proceso de adjudicación de crédito al cliente final (folio 304).

Según NATURGAS, la relación contractual se establece exclusivamente entre el cliente y la entidad financiera. [...] (folio 339).

NATURGAS aporta los contratos celebrados con 5 entidades financieras (folios 359 a 414), cuyos principales aspectos se resumen a continuación:
[...]

El contrato con [...] prevé una penalización, consistente en [...] ²⁸ (folio 383). En el caso de los demás bancos, no aparece una cláusula similar, aunque no se dispone de los anexos a los contratos, ni de los contratos con las instaladoras, que complementan a los anteriores.

3º Fabricantes de calderas y calentadores participan en los programas de NATURGAS suministrando los aparatos a los instaladores. Como se ha visto en la descripción de los programas, los fabricantes que habrían participado en cada uno de los programas han ido variando en la sucesiva publicidad.

NATURGAS afirma que, a los efectos de garantizar la mejor calidad a los clientes finales, seleccionó *“las marcas con mayor notoriedad y prestigio en el mercado, capacidad de generar confianza y con un parque de calderas instaladas representativo”*. Además, afirma que se tuvo en cuenta la capacidad de mantenimiento de los aparatos (folio 305).

Indica, además, que *“tenía abierta la posibilidad de incluir en el programa a cualquier fabricante que hubiera manifestado su interés al respecto”*. También afirma no haber rechazado ninguna solicitud por parte de empresas fabricantes de calderas de participar en las campañas (folio 339).

NATURGAS indica que no ha suscrito ningún acuerdo con los fabricantes, *“ni específico para estas campañas ni acuerdo marco de colaboración”* (folio 339).

²⁸ Concretamente, el contrato prevé la siguiente cláusula:
[...]

En el mismo sentido se pronuncian los fabricantes denunciados, que aseguran que su participación se ha limitado a aportar sus catálogos de productos como respuesta a la solicitud de NATURGAS (folios 556, 601, 631 y 775). De hecho, tanto FERROLI (folio 562.1) como BOSCH (folio 635) aportan los correos electrónicos en los que NATURGAS solicita a los fabricantes los precios de sus productos de cara a diseñar las nuevas campañas.

Todos ellos indican que los instaladores adquieren sus productos a través de sus canales habituales de distribución, generalmente a través de los almacenistas/distribuidores²⁹. Por su parte, los instaladores consultados afirman que adquieren los equipos libremente a través de los distintos canales de distribución disponibles, con independencia de que vayan a ser instalados en el marco de los programas de NATURGAS o no.

QUINTO.- Puesta en marcha de las campañas. NATURGAS afirma que la metodología empleada para la determinación de los precios finales a los clientes es similar en todos los planes.

En primer lugar, NATURGAS *“tomando como base los precios de mercado de los productos objeto de instalación (i.e. calderas, radiadores, calentadores), solicitó a las Entidades Instaladoras con las que tiene suscrito un acuerdo de colaboración que faciliten un precio orientativo de los trabajos de instalación. A partir de este precio, se estableció un precio recomendado de instalación único para todas las zonas a los efectos de poder facilitar al cliente final una estimación aproximada de los costes”* (folio 306).

Lo anterior viene acreditado por los correos electrónicos facilitados por FERROLI y BOSCH, en los que NATURGAS solicita a los fabricantes los catálogos y precios de sus productos, así como en las respuestas a los mismos, en los que los fabricantes aportan sus catálogos.

De acuerdo con NATURGAS, la relación contractual se establece directamente entre la entidad instaladora y el cliente final. Las condiciones del servicio, incluido el precio, son libremente pactadas por la entidad instaladora con los clientes finales (folio 305).

Todos los instaladores consultados confirman no haber participado en el diseño y puesta en marcha de las campañas de NATURGAS, habiéndose limitado exclusivamente a valorar su participación en las mismas. Lo anterior viene acreditado por los correos electrónicos dirigidos a los instaladores, aportados por los denunciados y por la propia NATURGAS, en los que se les invita a participar en las distintas campañas.

²⁹ BAXIROCA es el único de los fabricantes consultados que utiliza la venta directa a los instaladores como canal de distribución de sus productos.

Además, todos confirman que gozan de plena libertad para determinar los precios que aplican y que mayoritariamente se desvían de los precios recomendados por NATURGAS, aplicando, en muchos casos, precios inferiores a éstos. Incluso hay un instalador que asegura haber ofrecido financiación alternativa, por haberla considerado más beneficiosa para el consumidor (folio 604).

En cuanto al procedimiento de puesta en marcha, indica NATURGAS que, “[...]” (folio 340).

[...] (folio 339).

Indica también que el contrato de suministro suscrito con el cliente final no incorpora ninguna cláusula de permanencia y, por tanto, el cliente tiene libertad absoluta para cambiar de entidad suministradora sin que NATURGAS imponga ninguna restricción ni penalización (folio 341).

NATURGAS asegura que no percibe ningún tipo de contraprestación económica del fabricante de la caldera por la instalación de una determinada marca (folio 339), ni de los instaladores por la instalación de estos servicios (folio 306), ni de las entidades financieras (folio 338).

SEXTO.- La Dirección de Investigación, hoy extinta, a la luz de las conductas concretadas por las dos empresas denunciadas, incardinables en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, entra a valorarlas en el marco de los antedichos preceptos normativos y concreta los siguientes establecimientos:

A.- El Artículo 1 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 y, en particular, los que consistan en:

- **a)** La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- **b)** La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- **c)** El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- **d)** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

- **e)** La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- 2.** Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.
- 3.** La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:
- **a)** Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
 - **b)** No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
 - **c)** No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.
- 4.** La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.
- 5.** Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

En consecuencia se analiza, seguidamente, una posible infracción del Artículo 1 por determinados acuerdos y procedimientos desarrollados ...

1º RESTRICCIONES DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS INSTALADORES EN EL MERCADO DE INSTALACIÓN, MANTENIMIENTO Y REPOSICIÓN DE EQUIPOS DE PRODUCCIÓN DE CALEFACCIÓN Y AGUA CALIENTE SANITARIA.- De acuerdo con los denunciantes, NATURGAS “con esta estrategia intenta desplazar a las empresas instaladoras que no suscriban el acuerdo con ellos” (folio 3), por lo que es preciso analizar si, como consecuencia de la puesta en marcha de los programas de NATURGAS, la participación en el mercado de

instalación se vería dificultada para aquellos instaladores que no hubieran firmado acuerdos de colaboración con NATURGAS.

En primer lugar, por lo que se refiere a la elección de los instaladores colaboradores, al ser la comercialización de gas natural una actividad liberalizada, NATURGAS gozaría de libertad de contratación a la hora de determinar las entidades con las que trabajar. En este sentido, afirma NATURGAS que los criterios que utiliza *“para seleccionar a las entidades instaladoras con las que habitualmente colabora son objetivos y no discriminatorios y persiguen garantizar la calidad del servicio prestado a los clientes”* (folio 35).

Por otra parte, no todos los instaladores que habitualmente colaboran con NATURGAS (que vienen a denominar como “instaladores colaboradores”) optan por adherirse a las campañas promocionales, ya que, tal como se ha visto en los correos electrónicos aportados, NATURGAS presenta los planes a los instaladores colaboradores, ofreciéndoles la posibilidad de adherirse libremente. Además, una vez adheridos, no tienen obligación de ofrecerlo, sino que pueden realizar ofertas alternativas, tal como lo confirman NATURGAS, en su contestación de 9 de agosto de 2012 (folio 626), y todos los instaladores consultados, en sus respectivas respuestas.

En cualquier caso, los instaladores colaboradores no adheridos a las campañas y los no colaboradores podrían acceder a los mismos clientes a los que accede NATURGAS, realizándoles ofertas alternativas, e incluso podrían replicar las ofertas de NATURGAS mediante acuerdos con los mismos u otros fabricantes, al no existir limitaciones de ningún tipo en la distribución de equipos, tal como confirman los fabricantes en sus respuestas (folios 557, 602, 632 y 777) o incluso con otros comercializadores, en el caso de instaladores no colaboradores.

Desde el punto de vista de los consumidores, afirman los denunciantes que NATURGAS *“obliga a los nuevos usuarios de calefacción, agua caliente sanitaria y climatización a (...) realizarlo con las empresas instaladoras prefijadas por NATURGAS”* (folio 16).

Sin embargo, de la documentación recabada se concluye que NATURGAS se ha limitado a diseñar y publicitar un paquete promocional, por el que los consumidores pueden optar libremente, no existiendo obligación alguna ni de adherirse al mismo si no se desea todo el paquete completo, ni, en todo caso, de contratar el suministro de gas con NATURGAS.

Incluso una vez que un usuario hubiera optado por contratar su suministro con NATURGAS, gozaría de plena libertad para realizar la contratación de los servicios de instalación y mantenimiento con otros instaladores no colaboradores de NATURGAS.

Además, tal como el propio denunciante reconoce, el mercado de instalación se encuentra muy atomizado, existiendo un elevado número de empresas que llevan a cabo la actividad de instalación y mantenimiento, por lo que puede concluirse que existe oferta alternativa suficiente para los consumidores, al margen de los instaladores colaboradores de NATURGAS.

Así, los denunciantes cifran en 1.568 el número de empresas instaladoras y en 746 el número de empresas mantenedoras, sólo en el País Vasco (folio 12), mientras que, de acuerdo con NATURGAS, las empresas adheridas a los programas promocionales objeto de análisis únicamente fueron 36 a nivel nacional y 5 en el País Vasco, es decir, que representarían tan solo un 0,3% del mercado regional.

Afirman igualmente los denunciantes que la propia NATURGAS “*compite directamente en el mercado de instalaciones comunitarias e individuales de calefacción y agua caliente sanitaria*” (folio 18) y que lo que pretende es “*ganar cuota de mercado*” (folio 13).

De la documentación que obra en el expediente no se deduce la intención de NATURGAS de participar directamente en el mercado de instalaciones, puesto que no cuenta con servicios propios en este mercado, sino que lleva a cabo estas actividades mediante la subcontratación de empresas especializadas. Así, debe interpretarse que el objetivo de NATURGAS con estas campañas es ampliar, mediante paquetes promocionales que ofrecen varios servicios, su cartera de clientes en el mercado de suministro de gas natural, puesto que es el mercado en el que realmente se encuentra presente. En la medida en que, con independencia de su posible condición de distribuidor de gas en la zona, su actuación puede ser replicada por sus competidores, no cabe deducir indicios de infracción a este respecto.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, no puede concluirse que la puesta en marcha de los programas de NATURGAS tenga el efecto de restringir la competencia en el mercado de instalación y mantenimiento a los instaladores no participantes, puesto que los instaladores no adheridos a los programas, que representan a la gran mayoría de los instaladores, pueden acceder a los mismos clientes en las mismas o similares condiciones.

En términos parecidos se ha pronunciado el Consejo de la CNC en su Resolución de 4 de octubre de 2010 (expediente S/0174/09), donde concluye lo siguiente:

“Por lo que se refiere al mercado de la instalación, objeto de la denuncia, la campaña está abierta a todos los instaladores que quieran llevarla en su cartera, no sólo a los tres, objeto de la denuncia. Es evidente que para los instaladores puede ser ventajoso presentarse con el folleto de oferta de Gas Natural, pero

dato que todo instalador puede incluirla entre sus ofertas y además puede utilizarla o no puesto que no se exige ningún tipo de exclusividad ni siquiera obligación de ofertarla, no se aprecia ninguna posibilidad de afectar a la competencia entre instaladoras ni indicios de discriminación.”.

2º RESTRICCIÓN DE LA FACULTAD DEL INSTALADOR DE DETERMINAR EL PRECIO DE VENTA.- De acuerdo con los denunciantes, NATURGAS habría llegado a un acuerdo con los fabricantes de calderas y calentadores para fijar los precios de sustitución de las calderas en el marco del “Plan Renove Calderas” (folio 3).

Puesto que, en el marco de estos programas, los instaladores están llevando a cabo una actividad por cuenta propia y no en nombre de NATURGAS, las relaciones de éstos con NATURGAS están sujetas a la normativa de defensa de la competencia. Así, debe analizarse si las condiciones de aplicación de los programas diseñados por NATURGAS implicarían la restricción de la facultad de los instaladores de determinar el precio de venta de sus servicios, que además incluiría el precio de los equipos a instalar, que han de ser previamente adquiridos por éstos.

En segundo lugar, debe analizarse si la supuesta fijación de precios por parte de NATURGAS respondería a un acuerdo establecido con los fabricantes que participan en las campañas.

Tal como se ha indicado con anterioridad al describir las campañas, toda la publicidad diseñada por NATURGAS incluye el precio final de la oferta y el precio de la cuota mensual resultante de la financiación.

No obstante, según NATURGAS, *“los instaladores tienen libertad absoluta para fijar el precio final”* (folio 306), limitándose su actuación, según sus declaraciones, a recomendar un precio, calculado en base a los precios de mercado de los productos (calderas, radiadores, calentadores) y los precios orientativos que fueron facilitados por los instaladores colaboradores (folio 306).

Esta precisión de “precio recomendado” no aparece en la publicidad aportada por los denunciantes, que corresponde a julio de 2011, mientras que sí aparece en la publicidad recabada con posterioridad, que corresponde a finales de 2011 y 2012. De igual forma, mientras que el correo electrónico remitido a los instaladores con motivo de la campaña en el País Vasco enviado el 25 de julio de 2011 dice *“cuyo precio instalada es de 1.845 €”* (folio 19), en el correo enviado el 25 de noviembre de 2011 con el mismo motivo indica *“cuyo precio recomendado es de 1.600 €”* (folio 447). Asimismo, el correo electrónico de fecha 5 de octubre de 2012, también hace referencia a un *“precio recomendado”* (folio 789).

Por tanto, parece que la precisión de que se trataba de un precio recomendado fue incorporada con posterioridad al inicio de las campañas y una vez iniciadas las actuaciones por parte de las autoridades de competencia³⁰.

La normativa comunitaria en materia de competencia establece que la recomendación de precios de reventa por parte de un proveedor no debe ser considerada como una fijación de precios, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de las partes.

A la vista de que el precio publicitado, así como el indicado a los instaladores para solicitar su adhesión al Plan, no indica claramente que se trata de un precio recomendado, al menos en el inicio de las campañas, no puede descartarse que los instaladores hubieran interpretado que el precio a aplicar a los usuarios en el marco de estos programas no pudiera ser distinto al indicado por NATURGAS.

Sin embargo, todos los instaladores consultados coinciden con NATURGAS en que gozan de plena libertad para fijar los precios finales y confirman que en la mayor parte de las ocasiones se han desviado de los recomendados por NATURGAS, aplicando generalmente precios por debajo de los supuestamente recomendados.

Por ello, tampoco puede sostenerse la afirmación de los denunciantes de que NATURGAS *“obliga a los nuevos usuarios de calefacción, agua caliente sanitaria y climatización a pagar estos precios cómo [SIC] mínimo”* (folio 16).

En primer lugar, los nuevos usuarios de gas tienen libertad para contratar su suministro con NATURGAS o con otra comercializadora. En segundo lugar, aunque optara por contratar su suministro con NATURGAS, el cliente tiene absoluta libertad para adherirse o no a los planes de NATURGAS. Finalmente, incluso en el caso de optar por la contratación de alguno de estos planes, tampoco puede concluirse que los precios indicados por NATURGAS sean fijos o mínimos, de acuerdo con la información facilitada por los instaladores consultados. Por tanto, no puede concluirse imposición alguna a los instaladores por parte de NATURGAS en cuanto a los precios a abonar por los nuevos consumidores. El hecho de que se indique expresamente o no el carácter de “recomendado” del precio indicado por NATURGAS en sus ofertas no resulta, por tanto, determinante para considerar la existencia de una fijación vertical del precio, habiéndose acreditado que existe libertad para que los instaladores se desvíen de dicho precio. Cuestión distinta es que resulte claramente deseable que se constate expresamente ese carácter recomendado en las ofertas, como de hecho viene haciendo más recientemente NATURGAS.

³⁰ La denuncia de FAVI tuvo entrada en el Gobierno Vasco con fecha 27 de septiembre de 2011, siendo efectuado requerimiento de información a NATURGAS con fecha el 18 de noviembre de 2011.

Por otra parte, como se ha indicado anteriormente, afirma el denunciante que la supuesta restricción a los instaladores para la fijación del precio de venta final sería fruto de determinados acuerdos establecidos con los fabricantes de equipos.

Tanto NATURGAS como los fabricantes denunciados afirman no haber suscrito ningún acuerdo de suministro, ni entre ellos, ni con los instaladores en el marco de los programas de NATURGAS. Así, los instaladores afirman que se suministran de los fabricantes o distribuidores que les ofrecen las condiciones más ventajosas en cada momento, con independencia del destino que vayan a darle al equipo y que, por tanto, los precios a los que adquieren estos productos son fruto de negociaciones bilaterales, enteramente al margen de NATURGAS y de sus programas.

Los fabricantes, por su parte, aseguran no haber alcanzado acuerdo alguno con NATURGAS, en el marco de estos programas, habiéndoles simplemente facilitado sus catálogos de equipos, de la misma forma que lo hacen habitualmente con el resto de sus clientes. Lo anterior queda acreditado con los correos electrónicos intercambiados con NATURGAS que han sido facilitados, en particular, por FERROLI (folio 562.1) y BOSCH (folio 635).

Los fabricantes aseguran que distribuyen sus productos a través de los canales de venta habituales, con independencia de su destino final, que, por otra parte, desconocen. En la mayor parte de los casos, los fabricantes ni siquiera suministran sus equipos directamente a los instaladores, sino que éstos deben dirigirse a los distribuidores de sus respectivas zonas de influencia, que son con los que negocian los precios y las condiciones de los suministros.

A la vista de lo anterior, no cabe concluir que NATURGAS, junto con los fabricantes de calderas y calentadores que participan en sus programas, estén limitando la libertad de los instaladores a la hora de fijar sus precios, puesto que, en primer lugar, no queda acreditado que los fabricantes hayan tenido participación alguna en el diseño de las campañas y, por otra, tanto NATURGAS como los instaladores confirman que éstos gozan de plena libertad a la hora de fijar sus precios, incluso cuando sus actuaciones se producen en el marco de los programas de NATURGAS.

3º RESTRICCIÓN DE LA FACULTAD DEL INSTALADOR DE DETERMINAR SU SUMINISTRADOR DE EQUIPOS.- Los denunciantes afirman que NATURGAS en sus campañas *“fija los productos a instalar, lo que presupone un acuerdo tácito con fabricantes de equipos en detrimento de otros”* (folio 16).

NATURGAS incluye en sus folletos los logotipos de determinados fabricantes, haciendo referencia a modelos concretos de equipos que participan en cada uno de los programas. De hecho, en el correo que mandó a los instaladores indicó que: *“Las marcas de las calderas que van a colaborar en esta campaña son: Junkers, Fagor, BaxiRoca, Ferroli y Lamborgini.”* (folios 19, 105 y 447). Lo anterior llevaría a concluir razonablemente la existencia de un acuerdo de colaboración entre ambas partes para el desarrollo y puesta en marcha de los programas.

Sin embargo, tanto NATURGAS como los fabricantes denunciados afirman no haber suscrito ningún acuerdo de estas características. De la información recabada se deduce que fue NATURGAS quien diseñó las campañas, en base a la información que le fue facilitada, en parte, por los fabricantes de equipos, que remitieron sus catálogos de productos, de la misma forma que lo hacen con cualquier cliente que lo solicite.

Tal como se ha indicado con anterioridad, NATURGAS afirma que seleccionó las marcas con mayor notoriedad y prestigio en el mercado y tuvo en cuenta el servicio postventa. NATURGAS afirma que, aunque seleccionó determinadas marcas, estaba abierto a otros fabricantes y no rechazó ninguna solicitud.

A pesar de no quedar acreditada la existencia de acuerdos de colaboración entre NATURGAS y determinados fabricantes en el marco de estos programas, a la vista de los correos electrónicos que NATURGAS dirige a los instaladores previamente a la puesta en marcha de cada campaña, sí parece que NATURGAS pudiera estar determinando los modelos y fabricantes a los que los instaladores deben adquirir los equipos a instalar en el marco de las campañas.

Sin embargo, como se ha visto con anterioridad, los instaladores tienen libertad para adherirse a las campañas propuestas, y, tanto si optan por adherirse a los programas como si no, los instaladores tienen libertad para realizar otras ofertas alternativas, de estos u otros fabricantes, así como para utilizar los alternativos canales de distribución y venta, al no existir cláusulas de exclusividad con ningún de fabricante de equipos, tal como confirman los fabricantes y los instaladores. Es decir, que la adhesión a los programas de NATURGAS no implica limitación alguna para los instaladores a la hora de determinar su suministrador de equipos.

Los fabricantes confirman no sólo no haber suscrito ningún acuerdo con los instaladores adheridos a los programas de NATURGAS, sino que ni siquiera conocen la identidad de los mismos. De hecho, a excepción de BAXIROCA, que distribuye sus productos también a través de los instaladores, la única relación que establecen los fabricantes con los instaladores es de cara a impartirles la formación necesaria para la instalación y mantenimiento de sus productos. Así,

los instaladores adquieren los productos a través de los distintos canales de distribución existentes, en condiciones desconocidas por los fabricantes.

Los instaladores consultados se pronuncian en idéntico sentido e informan de que adquieren los productos a través de los distribuidores de los productos que les ofrecen mejores precios y condiciones.

Por tanto, a la vista de lo anterior, no puede concluirse que los instaladores vean limitada su capacidad para determinar sus suministradores de equipos, como consecuencia de su adhesión a los programas de NATURGAS.

Por lo que se refiere a la posible exclusión del mercado de los instaladores no adheridos a los programas, apuntan los denunciante que con estas campañas se estaría limitando la distribución de los aparatos, *“puesto que sólo aquellas empresas que suscriban el acuerdo podrán instalar los equipos”* (folio 4).

Parece, a la vista de lo anterior, que interpreten los denunciante que los instaladores no adheridos a los planes de NATURGAS se ven privados de la posibilidad de realizar la distribución de los aparatos de los fabricantes que participan en los programas. Es decir, que se estaría aludiendo a un sistema de distribución en exclusiva por el que los fabricantes denunciados estarían distribuyendo sus productos de forma exclusiva a través de los instaladores adheridos a los planes de NATURGAS.

Sin embargo, de acuerdo con la información facilitada por los fabricantes, el sistema de distribución empleado no está basado en la exclusividad, sino que se utilizan los distintos canales de distribución y venta disponibles. De hecho, en su mayoría, ni siquiera utilizan a los instaladores como canal de distribución de sus productos y su única relación directa con los mismos tiene carácter formativo.

Finalmente, los denunciante aluden a un posible desplazamiento de los fabricantes no participantes en los programas de NATURGAS, cuando indican que *“los fabricantes acogidos al acuerdo intentan desplazar a otros competidores en el suministro de estos equipos en base a un acuerdo con el operador dominante en el suministro de gas natural en la Comunidad Autónoma del País Vasco”* (folio 3).

Con independencia del carácter dominante o no dominante de NATURGAS en el mercado de suministro minorista de gas natural, asunto que se analizará detalladamente con posterioridad, los fabricantes que no participan en estos programas tendrían capacidad para acceder a los mismos clientes que los fabricantes que sí participan, con la posibilidad de diseñar ofertas equivalentes, por lo que no puede concluirse que los programas de NATURGAS sean aptos para desplazar a otros fabricantes de equipos.

Además, como se ha visto con anterioridad, el impacto de estos programas ha sido tan reducido, que difícilmente podría concluirse en cualquier caso que los programas hayan tenido el efecto de desplazar a fabricantes alternativos.

4º SUBORDINACIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS A LA ACEPTACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE UN PLAN DE MANTENIMIENTO COMO PRESTACIÓN SUPLEMENTARIA.- Los denunciantes afirman que NATURGAS *“impone una prestación suplementaria al consumidor al obligarle a tener firmado un contrato de Mantenimiento con su empresa”* (folio 4).

Sin embargo, de la publicidad que obra en el expediente no se deduce que exista tal obligación, sino que la firma de un contrato de mantenimiento le otorga determinadas ventajas al consumidor. En particular, el “Plan Renove Calderas” fue dirigido a los consumidores que tenían contratado el servicio Funciona. Además, por contratar el “Plan Calor Hogar” o el “Plan Agua Caliente”, se ofrecen descuentos en los consumos de gas y electricidad, además de un descuento en la contratación del Plan de mantenimiento durante el primer año. Es decir, que NATURGAS ofrece determinadas ventajas a los clientes que contraten su programa de mantenimiento, pero no existe obligación alguna de contratarlo.

De hecho, los propios denunciantes reconocen que *“la mayor parte de las compañías que operan en estos mercados [en referencia al suministro energético] supeditan sus ofertas a que los clientes adquieran otros productos vinculados”* (folio 17).

Es decir, que parece que los denunciantes en realidad no estén denunciando la imposición de NATURGAS a los clientes en la contratación de servicios vinculados, sino que el problema que realmente subyace se refiere a las dificultades de los demás instaladores para competir en el mercado, ya que las ofertas paquetizadas *“no pueden ser replicadas por el resto de competidores”* según los denunciantes (folio 17).

En un mercado en competencia, los participantes deben elaborar estrategias que les permitan poner en valor sus productos y servicios, frente a los ofrecidos por el resto de sus competidores. Las ventajas de las que unos competidores gozan frente a otros no pueden valorarse como abusivas o anticompetitivas, en la medida en que hayan sido adquiridas de forma lícita. Por tanto, el hecho de que una estrategia no pueda ser replicada por sus competidores no implica necesariamente que el que goza de la ventaja competitiva esté infringiendo las normas de competencia. En el presente caso, se trata de ofertas de servicios complementarios a los del suministro de gas, ofrecidos por una comercializadora (que no distribuidora) de gas en el mercado que, como se verá posteriormente, no posee una posición dominante que le otorgue una ventaja frente a otros suministradores de gas con los que compite.

En cualquier caso, aunque no puedan ofrecerse por parte de los instaladores idénticas ventajas por la contratación del servicio de mantenimiento, al no poder poner en práctica descuentos directos en el consumo energético que ellos no suministran, existiría la posibilidad de conceder descuentos equivalentes en otros servicios complementarios, igualando las ventajas ofrecidas por NATURGAS, o replicar las ofertas de ésta con otros suministradores, como ya se ha señalado anteriormente.

5º CLÁUSULA PENALIZADORA POR RESCISIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.- Los denunciantes aseguran que puesto que la participación en los programas de NATURGAS “*está condicionada a que el suministro sea con NATURGAS*”, las promociones “*están dirigidas a obstaculizar el cambio de suministrador por parte de los clientes*” (folio 16).

Es decir, argumentan los denunciantes que, con esta estrategia, NATURGAS pretende que los clientes que se adhieran a alguno de sus programas queden capturados por la comercializadora, de forma que no puedan ser atacados por otros comercializadores.

Para que tal captura fuera un hecho, tendría que estipularse alguna cláusula penalizadora en el contrato de suministro, de forma que los clientes no tuvieran incentivo a cambiar de suministrador en un plazo determinado.

NATURGAS afirma que “*el contrato de suministro suscrito con el cliente final no incorpora ninguna cláusula de permanencia*” (folio 341) y tampoco se desprende que así sea del modelo de contrato que ha sido aportado por NATURGAS (folios 415 a 427). Sin embargo, como se ha visto con anterioridad, el contrato con [...] prevé una penalización al consumidor, consistente en [...] (folio 383).

NATURGAS confirma en su contestación de 9 de agosto de 2012 que “*en el resto de acuerdos suscritos con otras entidades financieras no figura ninguna cláusula [...]*” (folio 627).

El apartado 5 del artículo 4 del *Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión* establece lo siguiente:

“5. *Con carácter general, los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores tendrán una duración máxima de un año, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración. Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato.*”

En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro.”

De acuerdo con lo anterior, la normativa que resulta de aplicación prevé la posibilidad de aplicar una penalización por rescisión del contrato, si éste fuera rescindido por el consumidor antes de transcurrido 1 año, cuando la rescisión cause daños al suministrador³¹. Sin embargo, el contrato con [...] prevé una penalización [...].

NATURGAS razona en su contestación de 9 de agosto de 2012 que, al tratarse de una cláusula que no forma parte del contrato de suministro, sino del contrato de financiación, estaría fuera del ámbito de aplicación del Real Decreto 1435/2002 (folio 627).

Sin embargo, con independencia o no de la existencia de una infracción sectorial, en la medida en que esta práctica podría restringir la competencia en el mercado de suministro minorista de gas natural, debe ser analizada en el marco de la normativa de competencia.

Las penalizaciones por rescisión anticipada de los contratos de suministro tienen el objeto de compensar al suministrador los perjuicios ocasionados con motivo de una rescisión contractual que se produce con anterioridad a lo previsto. Así, las limitaciones que la normativa sectorial introduce a estas penalizaciones pueden entenderse como una estimación razonable de los citados perjuicios.

Por tanto, en la medida en que las condiciones recogidas en los contratos con [...] establecen unas penalizaciones que superan los límites establecidos en la norma sectorial, podría entenderse que las mismas sobrepasarían la compensación de los perjuicios ocasionados, dando lugar con ello a una vinculación del consumidor con la empresa suministradora que estaría restringiendo el acceso de otros suministradores alternativos a estos clientes.

Procede, por tanto, evaluar si esta cláusula tendría capacidad para afectar significativamente a la competencia atendiendo, entre otros, a las cuotas de mercado de las partes.

Como se ha expuesto con anterioridad, la cuota de NATURGAS en el mercado de suministro minorista de gas natural sería del 6,73% en términos de energía y del 10,4% en número de clientes³². Por su parte, de acuerdo con la información recogida en el informe de la CNC sobre la concentración económica C/0397/11 BBK/KUTXA/CAJA VITAL, la cuota de [...] en el mercado español de

³¹ De acuerdo con los modelos de contrato aportados por NATURGAS, la duración de los mismos sería de 1 año.

³² De acuerdo con el Informe trimestral de supervisión del mercado minorista de gas natural en España de la CNE, correspondiente al segundo trimestre de 2012.

banca minorista ascendería al [0-10%] en términos de créditos al sector privado residente y al [0-10%] en cuanto al número de oficinas. Es decir, que en ambos casos la cuota de mercado se situaría por debajo del 15% en los respectivos mercados relevantes.

Además, el número de consumidores que se han adherido a los programas de NATURGAS ha sido muy reducido. De acuerdo con la información facilitada por NATURGAS, el “Plan Renove Calderas” fue dirigido a 65.000 clientes y el “Plan Calor Hogar” a 180.000 clientes, que representan el 0,9% y el 2,5%, respectivamente, del mercado de suministro minorista de gas natural, lo que resulta un porcentaje poco representativo del mercado. Es más, según NATURGAS, el número de clientes que han contratado el “Plan Renove Calderas” (único plan del que NATURGAS aporta cifras de contratación) ha ascendido a 284, es decir, un 0,4% de los consumidores a los que fue dirigida la campaña de forma directa.

Por su parte, los instaladores consultados confirman también los escasos resultados de estas campañas. De hecho, son varios los instaladores que aseguran no haber efectuado ninguna contratación en el marco de estos programas en los últimos dos años, a pesar de estar adheridos a los mismos.

Además, la aplicación de los programas no exige la financiación de los costes de la instalación, sino que los consumidores tienen libertad para optar por la misma o para hacer el pago al contado. Finalmente, al ser varias las entidades financieras por las que puede optar el consumidor y no recoger todas ellas este tipo de cláusulas en sus condiciones, el número de clientes que podrían verse afectados por la cláusula controvertida resulta necesariamente muy reducido.

A la vista de lo anterior, puede concluirse que, si bien la cláusula penalizadora por rescisión anticipada del contrato de suministro recogida en el contrato suscrito entre NATURGAS y [...] podría ser contraria a la normativa sectorial y restringir la competencia en el mercado de suministro minorista de gas natural al desincentivar temporalmente el cambio de suministrador, atendiendo al contexto económico-jurídico en el que se enmarcaría la conducta y, en concreto, a las reducidas cuotas de las partes en sus respectivos mercados relevantes, resultaría de aplicación el artículo 1.b) del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) relativo a las conductas de menor importancia.

6º CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA EN EL ACUERDO CON LOS INSTALADORES.- Tal y como se ha indicado con anterioridad, el Acuerdo de Colaboración Comercial que NATURGAS ha suscrito con diferentes empresas instaladoras incluye un pacto de no competencia, [...] ³³.

³³ [...]

En concreto, el tenor literal de la cláusula decimosexta del citado Acuerdo es el siguiente:

“[...]” (folios 355 y 356).

Aunque este asunto concreto no ha sido recogido por los denunciantes en sus escritos, el carácter restrictivo de la competencia de este tipo de cláusulas precisa de un análisis expreso de su alcance y potenciales efectos.

A la vista de la redacción de la citada cláusula de no competencia, los instaladores firmantes se obligan a “[...]” (énfasis añadido) [...], por lo que, a falta de aclaración al respecto en el acuerdo, debe interpretarse que esta limitación resulta de aplicación a cualquier actividad que pudieran desarrollar los instaladores [...].

Sin embargo, NATURGAS afirma que *“esta cláusula se refiere a la relación de los instaladores y Naturgas Energía cuando éstos actúan en el marco de una relación análoga a la de los agentes en el sentido de las mencionadas Directrices de la Comisión Europea relativas a restricciones verticales”* (folio 338).

En su contestación de 9 de agosto de 2012, NATURGAS insiste en que la cláusula de no competencia *“se refiere al objeto principal del contrato, esto es, [...]”* (folio 626). Asegura que el *“Acuerdo de Colaboración Comercial no impide que los instaladores que lo suscriben puedan llevar a cabo actuaciones [...]”* (folio 626).

De acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales, en el caso de los acuerdos de agencia, puesto que el principal soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados con la venta de los servicios objeto del contrato, todas las obligaciones impuestas al agente en relación con los contratos negociados en nombre del principal son consideradas como parte integrante del contrato. Sin embargo, dicha normativa establece que las cláusulas referidas a las relaciones entre ambas partes, como son las cláusulas de marca única³⁴, pueden conducir o contribuir a un efecto de exclusión del mercado y, por tanto, infringir lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

Por tanto, con independencia de que la cláusula de no competencia resulte o no de aplicación [...], resulta preciso efectuar un análisis de la misma bajo el prisma del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, al no quedar amparada bajo el paraguas de los acuerdos de agente.

³⁴ Bajo la denominación de marca única se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de productos concreto en un único proveedor. Entre otras, se incluyen en este grupo la cláusula de no competencia y la de imposición de cantidades fijas al comprador.

La marca única goza de exención con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías³⁵ cuando la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no superan ninguna el 30%, con una limitación a cinco años en caso de obligación de no competencia. A estos efectos, se considera que una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un periodo de 5 años será considerada como de duración indefinida.

En el caso de los acuerdos suscritos entre NATURGAS y los instaladores, y con independencia de la reducida cuota de mercado de NATURGAS y de los instaladores colaboradores en sus respectivos mercados, [...], por lo que, de acuerdo con lo anteriormente mencionado, se consideraría que la cláusula de no competencia tiene carácter indefinido y, por tanto, no estaría exenta de la aplicación de las normas de competencia.

Por otra parte, la duración de la cláusula se extiende [...]. El artículo 5 del mencionado Reglamento establece que la exención resultará de aplicación a las cláusulas inhibitorias de la competencia que permanezcan tras la expiración del contrato cuando se refiera a los servicios que compiten con los contractuales, se limite al local y los terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual, sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador y la duración no supere el periodo de un año tras la expiración del contrato.

No obstante, en el presente caso no parece que concurran todos los condicionantes anteriores, especialmente en lo que se refiere al carácter indispensable de la cláusula, por lo que será igualmente sometida a análisis.

Así, cabe valorar si la mencionada cláusula de no competencia es apta para afectar de manera significativa a la competencia, atendiendo al contexto jurídico y económico en el que se desarrollan las actividades.

En este caso, la cuota de NATURGAS en el mercado de suministro minorista de gas natural sería del 6,73% en términos de energía y del 10,4% en número de clientes³⁶. Además de ostentar unas cuotas de mercado moderadas, la estructura del mercado cuenta con competidores alternativos, con cuotas en algunos casos muy superiores, y que disponen de recursos similares.

Además, la propias Directrices comunitarias reconocen que si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda

³⁵ Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

³⁶ De acuerdo con el Informe trimestral de supervisión del mercado minorista de gas natural en España de la CNE, correspondiente al segundo trimestre de 2012.

de cada cliente individual, es improbable en general que las obligaciones de marca única de un proveedor específico obstaculicen la competencia efectiva.

Por su parte, la cuota de los instaladores adheridos a los programas de NATURGAS es muy reducida, teniendo en cuenta que se trata de un mercado muy fragmentado, con un elevado número de empresas, en su mayoría de tamaño pequeño y mediano. Como se ha visto con anterioridad, en el caso [...].

Tal como indica la CE en sus Directrices, la exclusión de los competidores no es muy probable cuando ocupen posiciones de mercado similares y puedan ofrecer productos de atractivo similar, como ocurre en este caso.

Por otra parte, tal como se ha visto con anterioridad, el alcance de estos programas parece haber sido muy limitado, atendiendo al escaso número de consumidores que se han adherido a ellos, según la información facilitada tanto por NATURGAS, como por los instaladores consultados.

En definitiva, a la vista de las reducidas cuotas de mercado de las partes, de la estructura de ambos mercados y del escaso impacto de la puesta en marcha de los programas, puede concluirse que el pacto de no competencia que se recoge en los acuerdos de colaboración suscritos entre NATURGAS y determinados instaladores no tiene capacidad para restringir la competencia de forma significativa y, por tanto, sería susceptible de ser considerada como una conducta de menor importancia, de conformidad con el artículo 3 del RDC.

En cualquier caso, aunque los instaladores consultados afirman no participar simultáneamente en programas similares con otros comercializadores, también indican que no han recibido propuestas alternativas en este sentido y que, en su caso, las valorarían, por lo que en general parece que no aprecien limitaciones contractuales en este sentido.

De hecho, una de las instaladoras consultadas afirma colaborar con otra comercializadora en operaciones de mantenimiento preventivo, como integrante del servicio oficial de determinados fabricantes, lo que viene a reforzar la conclusión anterior, puesto que es indicativa de que tampoco desde el punto de vista de la aplicación efectiva de los contratos se trata de una cláusula que impida o limite la competencia de forma significativa.

B.- El Artículo 2 prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

El abuso podrá consistir, en particular, en:

- **a)** La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

- **b)** La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- **c)** La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- **d)** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- **e)** La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

SÉPTIMO.- Consiguientemente con todo lo expuesto, instruido, analizado y examinado, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **asume plenamente** el discurso argumentativo de la Dirección de Investigación, llegando a la misma conclusión. Esto es, que

- No se aprecian indicios de infracción del artículo 1 de la LDC en las conductas identificadas por los denunciantes en relación a los programas promocionales de NATURGAS, por una parte, porque no existen acuerdos que impidan la replicabilidad de las ofertas por parte de otros instaladores, fabricantes o comercializadores; por otra, porque no se imponen limitaciones a los instaladores en el ejercicio de su actividad, tanto en el marco de estos programas como fuera de ellos, y, finalmente, porque los consumidores gozan de total libertad de contratación de los distintos servicios.
- No se aprecian indicios de infracción del artículo 2 de la LDC, puesto que NATURGAS no ostenta posición de dominio en los mercados en los que se desarrollan los planes objeto de denuncia y puesto que no se aprecia vinculación alguna de ésta con las actividades desarrolladas por la empresa distribuidora perteneciente al mismo grupo empresarial.
- Si bien la cláusula penalizadora por rescisión anticipada del contrato de suministro recogida en el contrato de financiación de [...] y la cláusula de no competencia recogida en los acuerdos de colaboración con los instaladores serían susceptibles de obstaculizar la competencia en los mercados de suministro minorista de gas natural y de instalaciones, respectivamente, dado el contexto jurídico y económico en el que se enmarcan, éstas podrían ser calificadas como conductas de menor importancia, al no ser aptas para afectar de manera significativa a la

competencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 3 del RDC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone en su Artículo 1 que:

1. Se 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 y, en particular, los que consistan en:

- **a)** La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- **b)** La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- **c)** El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- **d)** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- **e)** La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- **a)** Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- **b)** No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- **c)** No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

Y en su Artículo 2 que:

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- **a)** La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- **b)** La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- **c)** La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- **d)** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- **e)** La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

SEGUNDO.- Las conductas denunciadas e investigadas por la hoy extinta Dirección de Investigación no son infractoras de los preceptos arriba citados, esto es, de los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por lo que de conformidad con lo prevenido en el Artículo 49.3 de la Ley, en relación y concordancia con lo dispuesto en el Artículo 27 del Real Decreto 2161/2008 por el que se aprueba el Reglamento de la Competencia, **procede** no incoar procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas a virtud de los dos escritos de denuncia presentados por FAVI y

AMICYF contra NATURGAS, BAXI, ROCA, FAGOR, FERROLI, LAMBORGINI y JUNKERS.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Plenario de la Sesión celebrada el día 13 de Febrero del 2014

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, por cuanto las conductas examinadas y seguidas a virtud de los dos escritos de denuncia presentados por FAVI y AMICYF, no se aprecian indicios de infracción de los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese fehacientemente a la totalidad de las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.