

RESOLUCIÓN (Expte. 530/01 FAVI/NATURGAS)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 18 de diciembre de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 530/01 (2095/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de denuncia de la Federación de Asociaciones Empresariales de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y Afines de Euskadi (FAVI) contra la Sociedad de Gas de Euskadi S.A. (NATURGAS), por abuso de posición de dominio, consistente en la realización de una campaña publicitaria en la que ofrecía a los usuarios el servicio de revisión obligatoria de instalaciones de gas y su inspección cuatrienal a precios inferiores a los del mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de noviembre de 1999 tuvo entrada en el Servicio escrito de denuncia de Don Manuel Aldama Barruso, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Empresariales de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y Afines de Euskadi (en adelante, FAVI), contra la Sociedad de Gas de Euskadi, S.A (en adelante, NATURGAS) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la realización de una campaña publicitaria en la que se ofrecía a todos los usuarios el servicio de revisión obligatoria, por un precio de 3.200 ptas, junto con la inspección cuatrienal, obligatoria para NATURGAS, y la inspección comunitaria.

2. Con fecha 29 de junio de 2000, mediante Providencia del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, el Servicio admitió a trámite la denuncia incoando expediente sancionador contra NATURGAS por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en los artículos 1 y 6 de la LDC.

En la misma Providencia de incoación el Servicio consideró que los contratos de arrendamiento de servicios de NATURGAS podrían ser susceptibles de autorización, previa solicitud, de acuerdo con los artículos 4 y siguientes del R.D. 157/92, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC en materia de exención por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

Asimismo, el Servicio consideró que no se daban las condiciones establecidas en el artículo 45 de la LDC para proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares solicitadas en el escrito de denuncia.

3. Con fecha 16 de octubre de 2000, Doña Pilar Urruticoechea Uriarte, en calidad de representante legal de NATURGAS, solicitó autorización singular para los contratos de arrendamiento de los servicios de inspección-revisión de las instalaciones receptoras de gas natural.
4. Con fecha 21 de septiembre de 2001 el Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos cuyo contenido esencial era el siguiente:

1.- El mantenimiento de las instalaciones de gas en condiciones técnicas de seguridad, conlleva tres tipos de operaciones:

1.1.- Inspección periódica, a realizar únicamente por la empresa suministradora. No existe ningún tipo de previsión normativa en cuanto a los requisitos de formación que se deban aplicar al personal técnico que, perteneciendo a una empresa suministradora, se dedica a realizar este tipo de inspecciones. El responsable de la realización de la inspección y de cómo se ha efectuado es, siempre y en todo caso, la empresa suministradora, en este caso Naturgas, que realizará la inspección de acuerdo con los sistemas, métodos y medios que considere pertinentes. Sólo en el supuesto de que esta inspección sea contratada por la empresa suministradora con terceros, se exige que ese tercero, sea una empresa que esté autorizada como empresa instaladora.

1.2.- *Revisión periódica a realizar cada cuatro años y de la que es responsable el titular usuario, debiendo contratar para ello los servicios de una empresa instaladora o de un profesional titular de un carné de instalador de gas.*

1.3.- *Inspección comunitaria de la instalación, de la que es responsable también el titular de la instalación, es decir, la comunidad de propietarios, debiendo contratar para ello ,al igual que en el caso anterior, los servicios de una empresa autorizada o de un profesional titular de un carné de instalador de gas.*

4.- *Naturgas, a principios del año 1.998, decidió contratar los servicios de gestión administrativa e inspección de las instalaciones receptoras de gas, así como las revisiones periódicas de las mismas.*

4.4.- *el objeto de los contratos lo constituye el arrendamiento del servicio de:*

- *gestión administrativa e inspección de las instalaciones receptoras de gas natural en su ejecución y puesta en marcha, así como en sus posteriores modificaciones.*
- *inspección /revisión periódica de instalaciones receptoras de gas natural.*

5.- *Con fecha 5 de julio de 1.999 Naturgas puso en conocimiento del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, la campaña publicitaria que iba a lanzar, sin que conste en el expediente la contestación enviada, en su caso, por dicho Departamento de Industria. (Folios 47 a 49).*

6.- *A partir de principios de Septiembre, Naturgas, como empresa suministradora lanzó la campaña publicitaria anteriormente mencionada, dirigida a todos sus clientes y en la que textualmente se dice: (folios 7 a 9).*

*“De nuevo nos ponemos en contacto, para comunicarle que ha llegado el momento de efectuar **la inspección** de su instalación receptora de gas natural, que realizaremos en las próximas semanas. Este servicio lo realiza Naturgas y es **gratuito** para Ud.y le será debidamente anunciado, bien a través de un cartel en el portal o nota en su buzón personal. Es conveniente que ese día deje a alguien encargado de recibirnos.*

*Como Ud. ya conoce, los usuarios de las instalaciones de gas deben mantener en buen estado las mismas y realizar también, cada cuatro años la revisión de su instalación por mediación de una empresa instaladora autorizada * (si no desea realizar la revisión por mediación de la empresa instaladora que le ofrece Naturgas y no conoce ninguna ninguna empresa autorizada, puede dirigirse a las Asociaciones de Empresas Instaladoras que a continuación detallamos: AFONVI, ITURGI, AGOGASCA, AINVI, AMICIF).*

Dicha revisión puede realizarla junto con la inspección, ya que Naturgas le ofrece esa posibilidad. De esta forma cumple con sus obligaciones reglamentarias con la garantía que le ofrece Naturgas.

Y ahorrará dinero, ya que abonará 3.200 pesetas (IVA incluido), por la revisión de su instalación individual, que además pagará junto con su próxima factura de gas natural.

En cuanto a la inspección de la instalación comunitaria, será gratuita siempre que Ud. decida realizar la revisión de su instalación individual con nosotros.....”

En el mismo Pliego se proponía el sobreseimiento parcial del expediente en lo relativo a la supuesta infracción del artículo 1 LDC por parte de NATURGAS, ELKE S.A., INSERGAS S.L. y GUESA S.A.

5. El Servicio, con fecha 19 de noviembre de 2001, acordó el sobreseimiento parcial del expediente 2095/99, en relación a la infracción del artículo 1 de la LDC, por parte de NATURGAS, ELKE S.A., INSERGAS S.L. y GUESA S.A.
6. El Servicio consideró que la actuación de NATURGAS consistente en lanzar una campaña publicitaria mediante la que ofrecía a todos sus clientes los servicios de inspección cuatrienal, revisión e inspección comunitaria a un precio de 3.200 pesetas, constituye un abuso de posición de dominio de los tipificados en el artículo 6 de la LDC, al utilizar la posición de dominio legal en el mercado de las inspecciones para limitar la competencia en el mercado conexo de las revisiones; consideró el Servicio a NATURGAS responsable de la citada práctica.
7. Por ello, en su Informe Propuesta de 18 de diciembre de 2001, el Servicio PROPONE:

Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia:

- a) *Declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en la realización de una campaña publicitaria en la que se ofrece a todos los usuarios el servicio de revisión obligatoria, la inspección cuatrienal -obligatoria para Naturgas- y la inspección comunitaria por un precio de 3.200 pesetas, aprovechando la posición de dominio legal en el mercado de inspecciones para afectar al mercado revisiones.*
 - b) *Se intime a Naturgas a que cese en la realización de la práctica considerada prohibida.*
 - c) *Se intime a Naturgas para que en lo sucesivo se abstenga de realizar prácticas semejantes.*
 - d) *Se ordene a Naturgas la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución, que en su momento se dicte, en el Boletín Oficial del Estado y un diario de información general que tenga difusión en el País Vasco.*
 - e) *Que se declare no autorizable la práctica para la que Naturgas solicita autorización singular.*
8. El expediente fue recibido en el Tribunal el 20 de diciembre de 2001 y fue admitido a trámite en el Pleno del día 4 de enero de 2002. Con fecha 14 de enero de 2002 el Tribunal dictó Providencia de admisión a trámite del expediente, nombró Vocal ponente a D. Luis Martínez Arévalo y abrió el plazo establecido en el art. 40.1 LDC para que las partes propusieran las pruebas que estimaran necesarias y solicitaran la celebración de vista.
 9. Con fechas 11 y 13 de febrero de 2002, fueron recibidas respectivamente en el Tribunal las alegaciones de NATURGAS y FAVI.
 10. Mediante Auto de 20 de mayo de 2002 el Tribunal decidió no celebrar Vista y aceptó la práctica de las siguientes pruebas:
 - 10.1 Pruebas propuestas por NATURGAS.
 - 10.1.1 *Documental, consistente en la unión definitiva del expediente tramitado en el Servicio de Defensa de la Competencia, identificado con el número 2095/99, iniciado por la Secretaría General de Política de Defensa de la Competencia, en virtud de denuncia formulada por la Federación de Asociaciones Empresariales de Fontanería,*

Saneamiento, Gas, Calefacción y afines de Euskadi, -F.A.V.I.- contra - Naturgas- Sociedad de Gas de Euskadi, S.A.

10.1.2 *Más documental consistente en unión al expediente:*

10.1.2.1 *Copia del **Decreto de 291/1991 de 11 de diciembre - Documento nº 1-** sobre aplicación de la normativa vigente en relación con las instalaciones receptoras de gases combustibles de la Generalitat de Catalunya, en cuyo Artículo 3 punto 3.5, se señala expresamente “tendrá la consideración de persona competente autorizada para efectuar la inspección periódica y extender los certificados de revisión, la que ostente la adecuada titulación técnica universitaria equivalente o superior al nivel de diplomado, y la que esté en posesión del carnet de instalador autorizado vigente. También tendrán esta consideración las personas que actúan por cuenta y bajo la responsabilidad de la empresa suministradora de gas, **en el caso que ésta -la empresa suministradora- ofrezca el servicio de revisión a sus abonados.** La empresa suministradora garantizará en este último caso la capacidad técnica de estas personas a las cuales dotará de acreditación fehaciente.*

10.1.2.2 *Copia de la **Orden de 25 de mayo de 1993**, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León, sobre la seguridad de las instalaciones de gas, **-Documento nº 2-** cuyo Artículo 11 señala, “Tendrán la consideración de persona competente autorizada para efectuar la revisión periódica y extender el certificado de revisión, las ENICRES y las Empresas Instaladoras Autorizadas. También tendrán esta consideración, las empresas que actúen por cuenta y bajo la responsabilidad de **la Empresa Suministradora de gas en caso de que ésta ofrezca el servicio de revisión a sus abonados.***

10.1.2.3 *Copia de la **Orden 1582/94 de 28 de septiembre** de la Comunidad Autónoma de Madrid sobre inspecciones de gas, **-Documento nº 4-** en la que se dice literalmente “Revisión periódica: Es la revisión contratada por el cliente con una Empresa Instaladora de gas autorizada, directamente o a través de la Empresa Suministradora, con objeto de que compruebe mediante la realización de las pruebas y verificaciones necesarias, el estado de funcionamiento y conservación de la instalación receptora ...”.*

10.1.2.4 *Copia de la página web de la mercantil GAS NATURAL S. A., -Documento nº 3- en la que se ofrece el servicio de revisión a sus abonados “gas natural servicios sdg, es una empresa del grupo gas natural especializada en ofrecer en exclusiva para los clientes de gas natural sdg, diferentes servicios relacionados con esta energía, revisiones periódicas, contratos de mantenimiento, venta e instalación de gasodomésticos, adecuación de las instalaciones y otros servicios relacionados con el gas natural.*

10.1.2.5 *Aportación de copia del DECRETO DEL GOBIERNO VASCO 28/2002 DE 29 DE ENERO, PUBLICADO EL 14/02/02, POR EL QUE SE REGULA LA INSPECCIÓN Y REVISIÓN DE LAS INSTALACIONES DE GAS EN SERVICIO, DESTINADAS A USOS DOMÉSTICOS, COLECTIVOS O COMERCIALES, en virtud del cual, y a lo largo de su articulado, impone al suministrador de gas natural (comercializador – distribuidor) la obligación de realizar la revisión de las instalaciones.*

10.2. Pruebas propuestas por FAVI:

10.2.1 **DOCUMENTAL:** *para unir al expediente de referencia el documento que se adjunta al presente escrito, se acompaña:*

Documento nº 13: Consistente en fotocopia de la carta y del Contrato de Mantenimiento Gas-Hogar enviado por Naturgas a uno de sus clientes con fecha 28 de Noviembre de 2001.

10.2.2 **MAS DOCUMENTAL:** *A fin de que se requiera por ese Tribunal a NATURGAS para que aporte datos acerca de la evolución de la contratación del Servicio GAS HOGAR.*

11. Con fechas 23 y 29 de julio de 2002, fueron recibidas respectivamente en el Tribunal las conclusiones de NATURGAS y FAVI.

12. En sus escritos al Tribunal NATURGAS alega:

12.1 que su cuota de participación en el mercado de la revisión se sitúa, tal y como ha demostrado la empresa en los cuadros aportados al expte., en el 4,78%.

12.2 que de la posición legal de dominio en el mercado de inspección no puede concluirse una posición de dominio en el mercado de revisión.

12.3 que la empresa Gas Natural S.A. viene realizando, en el ámbito nacional, actividades similares a las de NATURGAS y que, ante la ausencia de normativa específica en el País Vasco, NATURGAS siguió el modelo de actividad de Gas Natural S.A. Además, con posterioridad a los hechos denunciados, las normas autonómicas vascas obligan a las empresas suministradoras a realizar la inspección de actividades.

12.4 que, en las ofertas presentadas por NATURGAS, no se ha producido *ligazón alguna entre la gratuidad en la prestación del servicio de inspección y la contratación del servicio de revisión*.

13. En sus diversos escritos FAVI alega:

13.1 que, como instalador, NATURGAS posee información privilegiada sobre las instalaciones de los usuarios que utiliza para captar clientes para su servicio de revisión

13.2 que el modelo de contrato aportado al expediente (documento n. 13 de las pruebas solicitadas por FAVI) muestra que NATURGAS mezcla la oferta de ambas actividades, inspección y revisión

13.3 que NATURGAS puede ofrecer un precio más reducido, como apreció el Servicio en la pág. 16 del Informe-Propuesta, que el de los instaladores independientes; ello es debido a que NATURGAS no cobra el desplazamiento y, además, puede cargar el servicio de revisión en la factura de gas emitida por la compañía.

13.4 que NATURGAS tiene una importancia creciente en el mercado de revisión y ha llegado a realizar 35.678 revisiones (56% del mercado) en el año 2001. Además, NATURGAS ha ido expandiendo su oferta que incluye hoy *el mantenimiento, la revisión, reparación de la instalación y servicio de reparaciones en el hogar* (pg 93 del expte del Tribunal).

13.5 que el Decreto del Gobierno Vasco 28/2002, de 29 de enero, al que alude NATURGAS, ha sido impugnado por FAVI ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En esa impugnación, y en su escrito de 24 de mayo de 2002, dirigido al propio TDC, FAVI arguye que el Gobierno Vasco pretende institucionalizar una práctica claramente restrictiva de la competencia sin el correspondiente amparo legal. FAVI manifiesta, además, que NATURGAS es una *empresa fuertemente participada por el Gobierno Vasco*, como muestra el Hecho Acreditado n. 3 del Informe-Propuesta.

13.6 que el Tribunal se ha pronunciado en casos similares, en concreto en la Resolución de 7 de marzo de 2002 al Expte. 513/01 Tubogas/Repsol.

14. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 11 de diciembre de 2002, deliberó y falló sobre este asunto.

15. Son interesados:

- Federación de Asociaciones Empresariales de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción y Afines de Euskadi (FAVI)
- Sociedad de Gas de Euskadi S.A. (NATURGAS)

HECHOS PROBADOS

1. NATURGAS es filial del Grupo Gas de Euskadi S.A., que posee el 100% de las sociedades NATURGAS COMERCIALIZADORA S.A. y NATURGAS PARTICIPACIONES S.A. Gas de Euskadi pertenece, a su vez, al Ente Vasco de la Energía que tenía, tras el ejercicio de 1999, el 79,5% de su capital. El Ente Vasco de la Energía suministraba de gas, según datos de EUSTAT referentes a 1996, al 92% de los habitantes del País Vasco (pág. 378 del expediente del Servicio).
2. FAVI es un órgano interprovincial de carácter federativo y sectorial que agrupa a las Asociaciones provinciales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa, a las que pertenecen cerca de mil empresas del sector en la Comunidad Autónoma Vasca, cuya actividad es la de fontanería, saneamiento, gas y calefacción.
3. Constan en el expediente los contratos firmados por NATURGAS, por una parte, y, por otra e independientemente, las sociedades GUESA S.A., ELKE S.A. e INSERGAS S.L. En cada uno de esos contratos, y en la estipulación 1, relativa al objeto del contrato, se reseña:

El objeto del presente contrato lo constituye el arrendamiento del Servicio de

- a) *GESTIÓN ADMINISTRATIVA E INSPECCIÓN, DE LAS INSTALACIONES RECEPTORAS DE GAS NATURAL, EN SU EJECUCIÓN Y PUESTA EN MARCHA, ASÍ COMO EN SUS POSTERIORES MODIFICACIONES.*
- b) *INSPECCIÓN/REVISIÓN PERIÓDICA DE INSTALACIONES RECEPTORAS DE GAS NATURAL.*

En cada uno de estos contratos se incluye una tabla del precio de los diferentes servicios prestados por cada una de esas empresas a NATURGAS.

4. Consta en el expediente (pg 47 del expte. del Servicio) copia de la carta, de fecha 5 de julio de 1999, dirigida por NATURGAS al Departamento de Industria del Gobierno vasco mediante la que se le informa de que esa sociedad pondrá en marcha, con fecha 1 de septiembre de 1999, el servicio de inspección de sus instalaciones.
5. Se acompaña a dicha carta copia del folleto dirigido por NATURGAS a sus clientes en la que se les informa del nuevo servicio. El texto de la comunicación al cliente es el siguiente:

Distinguido cliente:

*Permítanos unos minutos de su tiempo, para que le ofrezcamos la posibilidad de **ahorrar dinero y ganar seguridad**.*

*En primer lugar, ya sabe que es imprescindible **mantener las instalaciones de gas natural en perfecto estado** para asegurar siempre su buen funcionamiento. Y que para ello, cada usuario debe realizar por mediación de una empresa instaladora autorizada, **la revisión de la instalación cada 4 años**.*

*Además, para constatar la ausencia de defectos y su buen mantenimiento **cada 4 años, NaturGas efectúa una inspección**.*

*Dado que últimamente, se han producido casos de incertidumbre entre nuestros clientes a la hora de contratar la revisión, hemos pensado que **la mejor manera de solucionar esta situación es realizando la revisión y la inspección a la vez**.*

*De esta forma no debe preocuparse de nada ya que, si así lo desea, **NaturGas le ofrece la revisión obligatoria junto a la inspección y así contará con todas las garantías por un precio módico**. No obstante, queremos recordarle que puede contratar este servicio con cualquier empresa instaladora.*

Unos días antes de cuando le corresponda realizar la inspección de su instalación, nos pondremos de nuevo en contacto con Ud., al objeto de ofrecerle este servicio de forma concreta.

6. NATURGAS envió también una segunda carta cuyo texto, entre otras cosas, señala:

Distinguido cliente:

*De nuevo nos ponemos en contacto, para comunicarle que ha llegado el momento de efectuar **la inspección** de su instalación receptora de gas natural, que realizaremos en las próximas semanas. Este servicio lo realiza NaturGas y es **gratuito** para Ud. y le será **debidamente anunciado**, bien a través de un cartel en el portal o nota en su buzón personal. Es conveniente que ese día deje a alguien encargado de recibirnos.*

*Como Ud. ya conoce, los Usuarios de las instalaciones de gas deben mantener en buen estado las mismas y realizar también, cada cuatro años **la revisión** de su instalación por mediación de una Empresa Instaladora Autorizada.*

***Dicha revisión puede realizarse junto a la inspección**, ya que NaturGas le ofrece esa posibilidad. De esta forma cumple con sus obligaciones reglamentarias con la **garantía** que le ofrece **NaturGas**.*

***Y ahorrará dinero, ya que abonará 3.200 ptas. (IVA incluido)**, por la revisión de su instalación individual, que además pagará junto con su próxima factura de gas natural.*

***En cuanto a la inspección de la instalación comunitaria, será gratuita** siempre que Ud. decida realizar la revisión de su instalación individual con nosotros.*

*Nos permitimos recomendarle que **aproveche esta oportunidad**, aunque insistimos en que la aceptación de esta oferta es **completamente voluntaria**.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se suscita en el expediente el problema de determinar si la conducta de NATURGAS, consistente en ofrecer conjuntamente los servicios de inspección, revisión periódica e inspección comunitaria a un precio de 3.200 ptas., constituye un abuso de posición de dominio tipificado en el art. 6 LDC. Los hechos en sí no son objeto de controversia.

Sin embargo, para NATURGAS los hechos no pueden ser constitutivos de abuso de posición de dominio, al faltar el requisito necesario de existencia de posición de dominio de la empresa en el mercado de referencia, que es el de las revisiones periódicas. NATURGAS entiende que de la posición legal de dominio que ostenta en el mercado de la inspección no puede concluirse la existencia de una posición de dominio en el de la revisión, argumento que supone rechazar la aplicación al caso concreto de la llamada doctrina de los mercados conexos (alegaciones reseñadas en los AH 12.2 y 12.3).

Por el contrario, FAVI entiende que la citada doctrina de los mercados conexos, tal y como fue aplicada por el Tribunal en su Resolución de 7 de marzo de 2002, al Expte. 513/01 TUBOGAS/REPSOL resulta plenamente aplicable al caso, por lo que existe una clara posición de dominio en el mercado al que hace alusión el expediente. Dado que la conducta de NATURGAS puede calificarse de abusiva, FAVI estima que los hechos se encuentran plenamente incursos en la prohibición del art. 6 LDC, por lo que deben sancionarse.

Dado este planteamiento de las partes, el Tribunal debe pronunciarse, primero, sobre si se da la condición necesaria, la posición de dominio y, después, sobre si la conducta de NATURGAS puede calificarse de abusiva.

1.1. La posición de dominio

NATURGAS tiene por objeto social la realización de todas las actividades propias de la prestación del servicio público de suministro de combustibles gaseosos, actividades que, según la Disposición final tercera de la Ley 10/87 de 15 de junio, incluyen el transporte, la distribución y la comercialización de ese producto para usos industriales, domésticos y comerciales. Su ámbito de actuación se circunscribe al País Vasco, zona geográfica que, dadas las características del transporte del producto y de autonomía legislativa, debe considerarse el mercado de referencia. NATURGAS pertenece al grupo Gas de Euskadi, integrado, a su vez, en el Ente Vasco de la Energía, que comercializa el 92% del gas natural en el País Vasco, según se reseña en el HP 1. Por otra parte, en virtud de lo estipulado en el art. 83.1.j) de la Ley 34/98, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, NATURGAS tiene la obligación legal de *realizar visitas de inspección de las instalaciones receptoras existentes, con la periodicidad definida reglamentariamente*. De estos dos hechos surge una clara posición de dominio en el mercado de la inspección de instalaciones que la misma NATURGAS (AH 12.2) no discute.

¿Repercute esa posición de dominio en el mercado de la inspección sobre el mercado de las revisiones?

El Tribunal tuvo ocasión de analizar una situación similar con motivo del Expte. 513/01 TUBOGAS/REPSOL, expediente en el que REPSOL BUTANO ostentaba una posición de dominio en el mercado del suministro de gas butano y otorgaba ciertas ventajas a las empresas por ella franquiciadas en el mercado de las revisiones periódicas (FD 5). En aquella ocasión, el Tribunal estimó que, dada la íntima relación entre ambos mercados, que en el caso analizado se manifestaba, entre otras cosas, en la amplia base de datos sobre los consumidores de que disponía la empresa suministradora, la posición de dominio en el mercado de suministro repercutía sobre el de las revisiones periódicas (FD 9). En otras palabras, la citada Resolución entendió que la doctrina de los *mercados conexos*, tal y como ha sido utilizada por las autoridades comunitarias en los casos Magill (1991), Decca Navigation System (1989) o ITT/Promedia/Belgacom, resultaba plenamente aplicable al caso.

La situación que se analiza ahora guarda gran similitud con la del Expte 513/01 ya que se trata, de nuevo, de la relación entre los mercados de suministro de gas y de revisión de instalaciones. La posición de dominio en el primero de dichos mercados ofrece un conocimiento exhaustivo de las necesidades de los clientes (que fue el elemento determinante en el Expte 513/01) y unas relaciones privilegiadas con ellos (aspecto que el Tribunal considera particularmente relevante en éste). En efecto, el hecho de suministrar el producto y de tener la obligación de inspeccionar las instalaciones de éstos (en virtud de dicho suministro) permite a NATURGAS acceder de forma privilegiada al domicilio del cliente. NATURGAS utiliza también su acceso, privilegiado y necesario, al cliente para publicitar conjuntamente dos tipos de actividades, las que corren por cuenta suya, inspección, y las que corren por cuenta del usuario, revisión e inspección comunitaria, y para subcontratar conjuntamente inspección y revisión con determinadas empresas auxiliares. Con independencia de que esa conducta sea abusiva o no (aspecto que se trata en el FD 1.2), la ligazón entre ambas actividades resulta clara de los datos del expediente y puede hablarse con corrección y en el sentido del FD 4 de la Resolución de 1 de abril de 2002, del Expte. 514/01, IBERIA de que la posición de dominio en el mercado del suministro se proyecta sobre el de revisión.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado por FAVI en el argumento reseñado en el AH 13.1 y en contra de lo señalado por NATURGAS en

el AH 12.2, el Tribunal entiende que esa última empresa ostenta una posición de dominio en el mercado de la revisión de instalaciones, conexo con el del suministro de gas.

1.2. La naturaleza abusiva de la conducta.

Analizada la existencia de la condición necesaria, la posición de dominio, debe analizarse si la conducta de NATURGAS debe calificarse de abusiva. En concreto, el carácter abusivo de la conducta derivaría, según el Servicio, de que se ofrece un servicio por debajo del coste, lo que le haría asimilable a la venta a pérdida del art. 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Dado que, según la doctrina habitual, todo acto de competencia desleal realizado desde una posición de dominio constituye abuso de posición de dominio, la conducta analizada resultaría abusiva.

En relación con el asunto que aquí se suscita, debe ponerse de relieve la discrepancia que surge en el Informe-Propuesta que, por un lado, afirma no conocer cuáles son exactamente los costes reales de la revisión y la afirmación de que el precio de la oferta conjunta de NATURGAS es incompatible con el precio de mercado. La primera afirmación se encuentra contenida en la página 15 del Informe-Propuesta en la que se señala taxativamente: *si bien este Servicio no ha realizado un análisis de cuáles serían los costes reales de la revisión, se ha tenido en cuenta, por un lado, las declaraciones del Director de Industria y Minas en las que se dice que el precio de una revisión es de 7.000 pesetas, y por otro la oferta publicitada por la propia NATURGAS; en esa oferta se incluía la frase Y ahorrará dinero.* La segunda afirmación se encuentra, entre otros lugares, en la página 16 del Informe-Propuesta, donde el Servicio, tras analizar el contenido de la carta-anuncio enviada por NATURGAS a sus clientes, concluye: *Las anteriores manifestaciones son incompatibles con la afirmación de que se trata de precios de mercado,* y sirve de base para la afirmación del Servicio de que la oferta de NATURGAS se produce a precio inferior al de mercado, afirmación que lleva al Servicio a inferir que dicha empresa está realizando subsidios cruzados entre operaciones, lo que le lleva a concluir que la práctica de NATURGAS es abusiva, dado su carácter predatorio y sus efectos de eliminar una competencia imposibilitada para ofrecer los mismos precios.

El Tribunal considera que la conclusión del Servicio es demasiado aventurada. Por un lado, otorga excesivo peso a las declaraciones de una persona, el Director de Industria y Minas del Gobierno Vasco, ciertamente cualificada, pero que no es agente directo en el mercado y

cuyas opiniones podrían resultar discutibles. Por otro, extrae conclusiones excesivas de lo que es una simple afirmación publicitaria, *Y ahorrará dinero*, frecuente en el mundo de los anuncios y a la que no debe otorgarse más importancia que la de ser un simple reclamo.

La afirmación del Servicio de que NATURGAS ha realizado una oferta a precios inferiores a los de mercado, en la que se basa la calificación de abusivo que otorga a la conducta de NATURGAS, se encuentra, pues, insuficientemente justificada. Por tanto, el Tribunal concluye que no se encuentra acreditada la realización, por parte de NATURGAS, de la conducta abusiva que da lugar a la imputación del Servicio.

2. La legislación posterior.

Mediante Auto de 20 de mayo de 2002, el Tribunal aceptó la siguiente prueba propuesta por NATURGAS:

Aportación de copia del DECRETO DEL GOBIERNO VASCO 28/2002 DE 29 DE ENERO, PUBLICADO EL 14/02/02, POR EL QUE SE REGULA LA INSPECCIÓN Y REVISIÓN DE LAS INSTALACIONES DE GAS EN SERVICIO, DESTINADAS A USOS DOMÉSTICOS, COLECTIVOS O COMERCIALES, en virtud del cual, y a lo largo de su articulado, impone al suministrador de gas natural (comercializador – distribuidor) la obligación de realizar la revisión de las instalaciones.

Que fue, en efecto, aportada al expediente.

De la lectura de ese Decreto del Gobierno Vasco resulta, en primer lugar, que se refiere a una situación que tendrá lugar a partir de su entrada en vigor y que, por tanto, no tiene relevancia alguna para los hechos objeto del presente expediente, hechos que se remontan a 1999. En segundo lugar, resulta obvio que, de contener ese Decreto, o alguno de los otros textos legales mencionados en el AH 10.1.2, estipulaciones contrarias a la LDC, sería esa LDC, por su mayor rango legal, la norma que prevalecería. Por todo ello, resulta inadecuada la alusión, reseñada en el AH 12.3, a la legislación posterior del Gobierno Vasco. Tampoco resulta pertinente la afirmación de que NATURGAS *sigue el modelo de actividad* de Gas Natural, ya que no consta en el expediente cuál es ese modelo de actuación, ni en qué circunstancias se desarrolla.

3. Finalmente, debe hacerse alusión al hecho de que, como se señala en el AH 3, NATURGAS solicitó autorización singular para los contratos de arrendamiento de los servicios de inspección-revisión de las

instalaciones receptoras de gas natural. La tramitación de ese expediente de autorización singular fue acumulada al expte. 2095/99 del Servicio, que dio origen al presente expediente del Tribunal. Posteriormente el Servicio en su Informe-Propuesta de 18 de diciembre de 2001, proponía que se declarara no autorizable la práctica para la que NATURGAS solicita autorización singular.

Por otra parte, en la fase de trámite ante el Tribunal, y con fecha 23 de julio de 2002, NATURGAS dirigió escrito en el que se señalaba:

Mediante providencia de fecha 14 de enero del 2002 y bajo el número de expediente 530/01, fue admitido a trámite por ese Tribunal el expediente tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia FAVI c/ Naturgas nº 2095/99.

Que con fecha siete de febrero del 2002 Naturgas procedió a proponer la práctica de prueba de conformidad con la mencionada providencia.

Que por circunstancias sobrevenidas con posterioridad, esta parte ha considerado la necesidad de abandonar su pretensión en el expediente de referencia.

Que es por ello que, al amparo de lo establecido en el artículo vigésimo noveno de la Ley 52/99 de 28 de diciembre, de Reforma de la Ley 19/89 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, en concordancia con lo dispuesto en los art. 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,

SUPLICO: Que se tenga a NATURGAS-GAS DE EUSKADI S.A. por desistido del procedimiento tramitado ante ese Tribunal, identificado con el número 530/01.

El Tribunal entiende que, dado que la cualidad de denunciado no puede ser objeto de renuncia por parte de los interesados, lo que está solicitando NATURGAS mediante el citado escrito es que se le tenga por desistido del expediente de autorización singular acumulado al presente expediente. Conforme al art. 90 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y dado que no existe interés público en que siga el procedimiento de autorización singular, procede acceder a la petición de desistimiento de la parte.

4. En consecuencia, a la luz de las consideraciones realizadas en el FD 1 procede concluir que no ha quedado acreditada la comisión, por parte de NATURGAS, de una conducta contraria al art. 6 LDC. De acuerdo con lo señalado en el FD 3, procede aceptar el desistimiento de NATURGAS en el procedimiento de autorización singular para los contratos de arrendamiento de los servicios de inspección-revisión de las instalaciones receptoras de gas natural.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal por mayoría y con el voto en contra de los Sres. Comenge, Martínez Arévalo, Huerta y Sra. Muriel, que realizan voto particular,

RESUELVE

1. Declarar que no ha quedado acreditada la comisión, por parte de NATURGAS, de una conducta contraria al art. 6 LDC.
2. Aceptar el desistimiento de NATURGAS en el procedimiento de autorización singular para los contratos de arrendamiento de los servicios de inspección-revisión de las instalaciones receptoras de gas natural.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que es definitiva en vía administrativa y que contra ella no cabe recurso alguno en tal vía, pero que no es firme ya que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

**VOTO PARTICULAR QUE
FORMULA EL SR. MARTÍNEZ ARÉVALO Y AL QUE SE ADHIERE EL SR.
COMENGE, EL SR. HUERTA Y LA SRA. MURIEL, A LA RESOLUCIÓN
DEL EXPTE. 530/01 (FAVI/NATURGAS)**

Lamentamos discrepar de la postura mayoritaria del Tribunal ya que, aun compartiendo plenamente el análisis jurídico que realiza ésta, consideramos que los hechos –el ofrecimiento por parte de NATURGAS de unos servicios conjuntos a precios inferiores a los de mercado- sí se encuentran plenamente acreditados en el expediente y que esos hechos constituyen un abuso de posición de dominio.

1. La actuación de NATURGAS constituye un abuso de posición de dominio.

Debe tomarse como partida el hecho de que el legislador ha configurado dos mercados, suministro y revisión, como elementos separados y ha deseado que en el segundo -a diferencia del primero, donde no es posible- actúe una pluralidad de operadores. Éste es el sentido que debe darse a las disposiciones contenidas en el art. 83.1 j) de la Ley 34/98, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que obliga al suministrador de gas a realizar visitas de inspección, y del art. 26.7 del Decreto 2913/73, de 26 de octubre, de aprobación del Reglamento del Servicio Público de Gases Combustibles, que obliga al usuario a conservar las instalaciones en buen estado, utilizando los servicios de un instalador autorizado.

La conducta seguida por NATURGAS tiende claramente a desvirtuar esa distinción, lo que debe considerarse un primer indicio de su carácter abusivo. Por otra parte, es doctrina constante del Tribunal que un operador que se encuentra en posición de dominio debe actuar con gran cuidado para no perturbar las condiciones de competencia; resulta claro que NATURGAS no sólo no ha actuado con ese cuidado exquisito sino que, por el contrario, ha utilizado su posición de dominio en el mercado para -mediante la publicidad conjunta de ambos servicios, su facturación conjunta y la confusión del coste de traslado de operarios en ambas operaciones- lograr una ventaja competitiva sobre los instaladores independientes. Esa ventaja es atribuible a la posición de dominio que ostenta en el mercado de suministro y no a otros posibles factores. La estrategia seguida se ha revelado, además, sumamente eficaz ya que ha permitido a NATURGAS una rápida ganancia de cuota de mercado, lo que claramente sugiere que la ventaja obtenida gracias a la amalgama de servicios dista de ser trivial. Debe considerarse, por tanto, que la conducta de NATURGAS resulta abusiva.

2. Los hechos sí están probados.

NATURGAS afirma, en la alegación contenida en el AH 12.4, que no se ha producido *ligazón alguna entre la gratuidad en la prestación del servicio de inspección y la contratación del servicio de revisión*. Tal afirmación se encuentra contradicha por los datos aportados al expediente con motivo de la solicitud de autorización singular de NATURGAS con sus subcontratistas reseñado en el AH 3. En concreto, NATURGAS ha aportado los contratos suscritos con las tres entidades ELKE S.A., INSERGAS S.L. y GUESA S.A. en las que se establece el baremo de los distintos servicios que dichas empresas efectúan como subentidades de NATURGAS. Dicho baremo forma parte de los costes en los que incurre NATURGAS al realizar las operaciones de inspección, revisión individual e inspección comunitaria y, por tanto, aunque es correcto que el Servicio no haya realizado un análisis exhaustivo de los precios que rigen en los mercados de revisión individual e inspección comunitaria, sí dispone de datos sobre los costes en que NATURGAS incurre al realizar dichos servicios. Del análisis de esos costes se deduce claramente que NATURGAS ha ofrecido los servicios de revisión obligatoria e inspección comunitaria por debajo del precio que paga por ellos a las empresas que subcontrata, oferta que resulta posible, entre otros factores, por encontrarse ya en el domicilio del cliente, en virtud de la obligación de inspección.

En otras palabras, si resultara –como en efecto resulta– que el precio de 3.200 ptas. ofrecido al público es inferior al coste incurrido por NATURGAS podría hablarse, con corrección, de “oferta por debajo de los precios de mercado” y de subsidios cruzados por NATURGAS en el seno de sus actuaciones. El hecho de que el precio de 3.200 ptas. está por debajo de los costes de NATURGAS, en virtud de la relación contractual con las empresas con las que subarrienda los servicios, se encuentra claramente establecido en la página 16 del Informe-Propuesta (pág. 546 del expte. del Servicio) que, a su vez, se basa en los datos contenidos en las páginas 55 y 56 (contrato de ELKE S.A.), 70 y 71 (contrato de GUESA S.A.), y 86 y 87 (contrato de INSERGAS S.L.). Es posible que el Servicio imponga un requisito demasiado estricto al exigir, como condición para aceptar que el precio ofrecido por NATURGAS sea superior al de mercado, que la suma de los costes del servicio de los subcontratistas por esos tres conceptos no exceda de 3.200 ptas. En efecto, es dudoso que en ese cómputo deba incluirse el coste para NATURGAS de la inspección obligatoria que, en todo caso, debería correr por su cuenta. Pero resulta que, aun eliminando el coste de la inspección periódica, la suma de los costes en los que incurre NATURGAS al prestar los otros dos servicios, se encuentra siempre -y según los baremos establecidos en los contratos, sintetizados por el Servicio en la página 439 de su expediente- significativamente por encima de las 3.200 ptas. Todo ello sin tener en cuenta que la tabla de costes establecida en los distintos contratos

no cubre el IVA, que NATURGAS ha englobado ya en la citada oferta de 3.200 ptas.

Por tanto, NATURGAS no cubre costes al ofrecer los servicios de inspección, revisión individual e inspección comunitaria e IVA al precio de 3.200 ptas. Tal actuación es perfectamente asimilable a la práctica de unos precios predatorios tendente a eliminar a los competidores del mercado, práctica que debe ser considerada como abuso de posición de dominio de acuerdo con el art. 6 LDC (entendiendo por dominio el que surge como consecuencia del dominio en los mercados conexos, tal y como entiende la opinión mayoritaria en el FD 1.1). La eficacia de esa estrategia, medida en términos de supresión efectiva de la competencia, resulta clara a la luz de los datos de cuota de mercado de NATURGAS, datos aportados por la propia empresa que muestran que, tras el inicio de las prácticas que se le imputan, dicha empresa ha pasado del 6,4% (1999) al 48,7% del mercado (2001).

Por ello, contrariamente a la opinión mayoritaria, creemos que sí se encuentra acreditado en el expediente que Naturgas ha realizado una campaña publicitaria en la que se ofrecía una oferta conjunta por debajo de coste. Esa oferta ha plasmado, después, en hechos concretos (la efectiva realización de los servicios publicitados) y ha dado lugar a un importantísimo desplazamiento de los competidores. La práctica de realizar una oferta por debajo de coste tendente a eliminar a los competidores debe ser considerada conducta abusiva, según el art. 6 LDC, por lo que el Tribunal debería haber declarado y sancionado la existencia de esa conducta abusiva, según proponía el Servicio.