

RESOLUCION (Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR)

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D^a. M^a Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a. Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 24 de febrero de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente el Consejero D. Luis Díez Martín, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador S/0213/10, IBERDROLA SUR, incoado por la Dirección de Investigación (DI) de la CNC contra Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., Iberdrola, S.A. e Iberdrola Generación S.A.U. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en virtud de la denuncia formulada por Gas Natural Servicios SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L., con fecha 23 de diciembre de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de diciembre de 2009, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia denuncia presentada por Gas Natural Servicios SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L. contra Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U. (en adelante, IBERCUR), Iberdrola, S.A. (en adelante, IBERDROLA) e Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A. (en adelante, IBERDROLA DISTRIBUCIÓN) por el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso hasta la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial.
2. Con fecha 18 de febrero de 2010, la DI efectúa un requerimiento de información a IBERDROLA, que fue contestado con fecha 8 de marzo. Se le solicitaba que indicara si, efectivamente, había remitido cartas a los clientes de IBERCUR sin derecho a tarifa de último recurso (TUR) anunciándoles su traspaso a IBERDROLA; los cambios de suministrador que se hubieran

llevado a efecto; las disposiciones legales que ampararían dichos traspasos; si había sido recabado el consentimiento expreso de dichos consumidores y las condiciones generales que resultaban de aplicación a esos clientes.

3. Con fecha 25 de marzo de 2010 se efectuó un nuevo requerimiento de información a IBERDROLA, que fue contestado con fecha 7 de abril de 2010. Se le solicitaba que remitiera las cartas tipo enviadas en cada remesa, junto con las condiciones generales adjuntadas y las particulares que resultarían de aplicación en cada caso.
4. Con fechas 26 de marzo y 28 de mayo de 2010 se efectuaron sendos requerimientos de información a la Comisión Nacional de Energía (CNE), que fueron contestados el 7 de mayo y el 24 de junio de 2010, respectivamente.
5. A la vista de la información obtenida en el procedimiento reservado, con fecha 1 de julio de 2010, la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra IBERCUR, IBERDROLA e Iberdrola Generación S.A.U. (en adelante, IBERDROLA GENERACIÓN) por una posible infracción del artículo 3 de la LDC, consistente en el traspaso de contratos de los consumidores desde la comercializadora de último recurso a la comercializadora libre, sin recabar su consentimiento expreso tal como exige la normativa sectorial. La incoación del expediente se registró con el número S/0213/10.
6. Con fecha 22 de julio de 2010, Céntrica Energía, S.L. (en adelante, ENERGYA VM ya que cambió su denominación en noviembre de 2010) solicita su admisión como interesada en el expediente; con fecha 29 de octubre de 2010, lo hace la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE) y con fecha 29 de noviembre de 2010 Endesa Energía XXI, S.L. (en adelante, ENDESA). Por respectivos acuerdos de la Directora de Investigación, de 23 de julio, 2 de noviembre y 17 de diciembre de 2010, se admitió la personación de las tres empresas en calidad de interesados en el expediente.
7. Con fecha 15 de noviembre de 2010, tuvo entrada escrito de alegaciones presentado por ACIE.
8. Con fecha 18 de noviembre de 2010, se efectuó requerimiento de información a IBERDROLA que fue contestado con fecha 3 de diciembre de 2010. Se le solicitaba que indicara el sistema utilizado para la remisión de las cartas, la actualización de todos los datos previamente facilitados (cartas remitidas, cambios producidos...), el motivo por el que en las condiciones particulares se recogía una cláusula penalizadora y su posible aplicación, la forma en la que se había llevado a cabo el procedimiento de cambio de suministrador y su estimación de la tasa de abandono, los costes de captación y el umbral de incentivo al cambio.
9. Con fecha 19 de noviembre de 2010 se efectuó requerimiento de información a la Oficina de Cambios de Suministrador (en adelante, OCSUM) que fue contestado con fecha 10 de diciembre de 2010. Se le solicitaba que aportara sus informes, su estimación de la tasa de abandono, los costes de captación y

el umbral de incentivo al cambio y las propuestas normativas aprobadas relacionadas con los consumidores afectados.

10. Con fecha 1 de diciembre de 2010, la Directora de Investigación de la CNC dirigió una carta al Director General de Política Energética y Minas, con el fin de conocer si estaba prevista la adopción de alguna medida regulatoria dirigida a los consumidores cuyos suministros iban a ser suspendidos el 31 de diciembre de 2010. Fue respondida el 30 de diciembre de 2010.
11. Con fecha 6 de abril de 2011 se solicitó a la CNE la emisión de su informe determinante, en aplicación del artículo 17.2, letra d), de la LDC. Con efectos desde esa misma fecha se suspendió el plazo máximo para resolver lo que se comunicó a las partes. El informe fue recibido con fecha 30 de mayo de 2011, fecha en la se procedió a levantar la suspensión.
12. Con fecha 7 de junio de 2011, se recibió escrito de alegaciones de IBERDROLA S.A., IBERDROLA GENERACION S.A.U. e IBERCUR.
13. Con fecha 20 de junio de 2011 se notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) a las partes.
14. Con fecha 8 de julio de 2011 se recibieron escritos de alegaciones al PCH de IBERDROLA CUR, IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., e IBERDROLA S.A.
15. Con fecha 15 de julio de 2011 se notifica a las partes el cierre de la fase de instrucción.
16. Con fecha 22 de julio de 2011, tuvieron entrada sendos escritos de IBERCUR e IBERDROLA adjuntando informe elaborado por la consultora NERA para cada una de ellas.
17. Con fecha 28 de julio de 2011 se notifica a las partes la Propuesta de Resolución.
18. Con fecha 16 de agosto de 2011 se reciben los escritos de alegaciones de IBERDROLA GENERACIÓN, IBERDROLA e IBERCUR. Los escritos de IBERDROLA e IBERCUR contienen asimismo la solicitud de admisión de la prueba que adjuntan respectivamente como anexo número 1 consistente en un informe elaborado por la consultora NERA, así como la solicitud de celebración de vista.
19. Con fecha 23 de agosto de 2011. La DI eleva al Consejo el Informe Propuesta. En el mismo PROPONE:

Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 de la Ley 15/2007.

Segundo. Que se declare responsables de dicha infracción a IBERDROLA, IBERCUR e IBERDROLA GENERACIÓN.

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3.c) de la LDC.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

20. Son interesados en el presente expediente los siguientes:

Gas Natural Servicios SDG, S.A.

Unión Fenosa Comercial, S.L.

Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U.

Iberdrola S.A.

Iberdrola Generación S.A.U.

ENERGYA VM Gestión de Energía S.L.

Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE)

Endesa Energía XXI S.L.

21. El Consejo de la CNC deliberó sobre el expediente en diversas sesiones y falló la presente Resolución el 14 de febrero de 2012.

HECHOS PROBADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos acreditados por la Dirección de Investigación durante la instrucción que se ha llevado a cabo, hechos que se relatan en el presente epígrafe, después una breve descripción de las partes imputadas en este expediente y de las características y regulación del mercado afectado..

1. LAS PARTES

1.1 Grupo Gas Natural Fenosa

GAS NATURAL FENOSA es una compañía multinacional en el sector del gas y la electricidad. En España, la compañía es líder en el negocio de distribución de gas natural y está presente en toda la cadena de valor del gas, a través de la participación en proyectos de exploración, producción, licuefacción y transporte. La reciente adquisición de la compañía eléctrica Unión Fenosa, tercera del mercado español, le ha permitido integrar los negocios de gas y electricidad en una compañía.

La actividad de comercialización de electricidad del GRUPO GAS NATURAL FENOSA es llevada a cabo a través de las sociedades Gas Natural Comercializadora, S.A., Gas Natural Servicios SDG, S.A., Unión Fenosa Comercial, S.L. y Gas Natural SUR SDG, S.A. (esta última, para el suministro de último recurso).

La cuota de mercado de GAS NATURAL FENOSA, en el segundo trimestre de 2010, a través de comercializador libre, en el mercado de suministro minorista de electricidad fue del 13,4%, por número de clientes, y del 15,4%, en términos de energía, ocupando el tercer lugar tras Endesa e Iberdrola, de acuerdo con el “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad correspondiente al periodo julio 2009-junio 2010” publicado por la CNE.

1.2 Grupo Iberdrola

El GRUPO IBERDROLA es un grupo energético español, con presencia internacional. Presente en el sector eléctrico desde sus inicios, desde 2001 actúa también en el sector gasista, operando actualmente en toda la cadena.

La actividad de comercialización de electricidad en mercado libre del GRUPO IBERDROLA ha sido llevada a cabo por IBERDROLA, cabecera del grupo, hasta enero de 2010, cuando ha pasado a ser asumida por IBERDROLA GENERACIÓN. IBERCUR se encarga del suministro de último recurso.

Por su parte, la cuota de mercado de IBERDROLA, en el segundo trimestre de 2010, a través de comercializador libre, en el mercado de suministro minorista de electricidad fue del 38,3%, por número de clientes, y del 22,6%, en términos de energía, ocupando el segundo lugar tras Endesa, de acuerdo con el “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad correspondiente al periodo julio 2009-junio 2010” publicado por la CNE.

1.3 ENERGIA VM

Céntrica es una compañía energética integrada, que opera principalmente en Reino Unido y Norteamérica.

Está presente en el mercado español desde 2002, donde realizaba la actividad de comercialización de electricidad y de gas natural, a través de Céntrica Energía, S.L.U. y Céntrica Energía Generación, S.L.U. Prestaba también servicios relacionados con la gestión de la energía de los productores en régimen especial.

El control exclusivo sobre ambas sociedades fue recientemente adquirido por Villar Mir Energía S.L.U., pasando las entidades a denominarse Energía VM Generación, S.L. y Energía VM Gestión de Energía, S.L.

1.4 Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE)

ACIE es una organización que tiene como finalidad primordial el desarrollo y la promoción de los intereses de las empresas comercializadoras de energía eléctrica en el marco de un sistema liberalizado, así como la defensa de los legítimos intereses económicos, sociales y legales de sus asociados (artículo 2 de sus Estatutos).

Las empresas asociadas a ACIE son Nexus Energía, S.A., Céntrica Energía, S.L.U., EGL Energía Iberia, S.L., GdF Suez, S.A., Factor Energía, S.A., Céntrica Energía Generación, S.L.U. y ALPIQ.

1.5 ENDESA

ENDESA es una compañía multinacional en el sector energético. Su negocio principal es la producción, transporte, distribución y comercialización de electricidad. La empresa opera también en el sector de gas natural, de las energías renovables y desarrolla otros servicios relacionados con la energía.

El grupo italiano Enel pasó a controlar la empresa en exclusiva en 2009, con una participación del 92,06% de ENDESA.

La actividad de comercialización de electricidad en mercado libre la lleva a cabo a través de las sociedades Endesa Energía, S.A. y Endesa Energía XXI, S.L.U. (esta última realiza también las funciones de comercializador de último recurso).

La cuota de mercado de ENDESA, en el segundo trimestre de 2010, a través de comercializador libre, en el mercado de suministro minorista de electricidad fue del 38,5%, por número de clientes, y del 36%, en términos de energía, ocupando el primer lugar.

2. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO

El sector de la electricidad está regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE).

El artículo 11 de la LSE establece que la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción y comercialización se desarrollan en régimen de libre competencia.

2.1 Distribución

La actividad de distribución comprende la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar la energía en los puntos de consumo (art. 9 de la LSE). Los precedentes nacionales (Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009, expediente C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa, párrafo 263) y comunitarios (Decisiones de la Comisión Europea en los casos M.4180 GDF/SUEZ, M. 3696 E.ON/MOL y M.3440 ENI/EDP/GDP) han considerado que cada red de distribución conforma un monopolio natural, estando su acceso y sus tarifas regulados.

Hasta el 1 de julio de 2009, los distribuidores han sido responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a tarifa de último recurso como en mercado libre, ha pasado a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.

2.2 Comercialización

La actividad de comercialización comprende la adquisición de energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional, para lo que resulta preciso acceder a las instalaciones de terceros de transporte y distribución.

Los precedentes más recientes (Resolución del Consejo, de 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa, párrafos 266 y 267, y Decisión de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 2004, caso nº COMP/M.3440 EDP/ENI/GDP, párrafo 270) 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 (alta tensión) y suministro a clientes residenciales y PYMES (baja tensión).

2.3 Acceso de terceros a la red (ATR)

Ambas actividades, distribución y comercialización, se encuentran estrechamente relacionadas pues para llevar a cabo el suministro a los consumidores es preciso acceder a las instalaciones de distribución.

La regulación del acceso de terceros a la red ha cobrado especial relevancia con la liberalización del sector y la separación efectiva de las actividades de suministro (comercialización) de las actividades de red (transporte y distribución). Desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador (artículo 19 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios), lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Además, desde el 1 de julio de 2009, la actividad de suministro se reserva exclusivamente a los comercializadores, por lo que los distribuidores se limitan únicamente a la gestión de sus redes.

El Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, regula las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión. En su artículo 7 se regula el Sistema de información de puntos de suministro (en adelante, SIPS), que es la base de datos que deben mantener permanentemente actualizada los distribuidores, con los datos correspondientes a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a la redes de transporte de su zona. Los comercializadores pueden acceder a estos datos de forma gratuita e incondicional.

La regulación española permite que un grupo de sociedades desarrolle simultáneamente actividades reguladas y no reguladas (integración vertical), aunque obliga a que haya una separación jurídica, funcional y contable de las actividades incompatibles, con el fin de garantizar mayores condiciones de competencia (artículo 14 de la LSE).

2.4 Suministro de último recurso

En el Real Decreto 485/2009, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, se designa a los 5 comercializadores que tendrán la obligación del suministro de último recurso. De acuerdo con el artículo 4 de dicho Real Decreto, "A partir del día 1 de julio de 2009, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado

por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por un comercializador de último recurso.”

Además de atender las solicitudes de suministro de energía eléctrica de aquellos consumidores que tengan derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, estos comercializadores tienen la obligación de atender el suministro de aquellos consumidores, conectados a las redes de distribución de su grupo empresarial, que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad (artículo 3 del Real Decreto 485/2009)..

El mismo artículo 3 establece igualmente que *“el precio que deberán pagar estos clientes por la electricidad consumida durante el periodo en el que carezcan de un contrato en vigor con un comercializador será fijado por orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Este precio evolucionará en el tiempo de forma que incentive a la firma del correspondiente contrato.”*

En el artículo 21 de la Orden ITC/1659/2009, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, se determina el precio aplicable al suministro de los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad. En concreto, establece que este precio *“será el correspondiente a la aplicación de la facturación de la tarifa de último recurso, TUR sin aplicación de la modalidad de discriminación horaria, incrementando sus términos en un 20 por ciento”*.

También establece que *“transcurridos seis meses sin que el consumidor contrate de [SIC] suministro en el mercado libre se considerará rescindido el contrato entre el consumidor y el comercializador de último recurso antes de la fecha de expiración siendo de aplicación a estos efectos lo establecido en el artículo 86.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.”* Dicho artículo establece que *“Cuando se rescindiera un contrato de suministro entre un consumidor y un comercializador antes de la fecha de expiración del mismo, el comercializador podrá exigir la suspensión del suministro a la empresa distribuidora mediante comunicación fehaciente a la misma.”*

Por todo lo anterior, los consumidores anteriormente definidos podrán ser suministrados por un comercializador de último recurso durante un período máximo de 6 meses y a un precio equivalente al 120% de la TUR. Transcurrido ese periodo sin que se haya modificado la situación contractual, se puede proceder a la suspensión del suministro.

Con carácter general, estas disposiciones serían de aplicación desde el 1 de julio de 2009, afectando, por una parte, a los consumidores conectados a baja tensión, con potencia contratada superior a 10 kW, que dejaban de tener derecho a la

tarifa de último recurso en esa misma fecha, y, por otra parte, a los consumidores conectados a alta tensión, que deberían tener contratado su suministro en el mercado libre desde el 1 de julio de 2008 y que, desde entonces, están siendo penalizados con recargos en sus tarifas (Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007 y disposición transitoria primera de la Orden ITC/1857/2008, de 22 de junio, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de julio de 2008).

Sin embargo, la Orden ITC/1659/2009 estableció un periodo transitorio para los consumidores en baja tensión, determinando las tarifas que les serían de aplicación a partir del 1 de julio de 2009 (3.0.1 sin discriminación horaria, 3.0.1 con discriminación horaria y 3.0.2 general), estableciendo un incremento del 5% trimestral, desde octubre de 2009 hasta abril de 2010, momento en el que se aplicarían las disposiciones generales (TUR sin discriminación horaria, incrementando sus términos en un 20 por ciento).

Posteriormente, la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial estableció, en su disposición transitoria tercera, una prórroga de la situación transitoria anteriormente descrita hasta el 31 de diciembre de 2010, tanto para los consumidores conectados a alta tensión, como para los conectados a baja tensión.

La Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial estableció, en su disposición transitoria segunda, una nueva prórroga de la situación transitoria hasta el 31 de diciembre de 2011.

Finalmente, la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, en su disposición transitoria segunda establece una nueva prórroga hasta 31 de diciembre de 2012.

2.5 El procedimiento a llevar a cabo para realizar cambios de suministrador de electricidad.

La LSE dispone, en su artículo 44, que, reglamentariamente, se establecerán los mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador y de resolución de reclamaciones.

Este desarrollo reglamentario tiene lugar en el Real Decreto 1435/2002, en cuyo artículo 3 se establece que: *“El consumidor puede optar por contratar directamente el acceso a las redes con el distribuidor y la energía con un comercializador o por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador”* y continúa: *“En el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del*

consumidor. El contrato de suministro entre el consumidor y el comercializador, deberá formalizarse por escrito. En él deberá incluirse una autorización para que el comercializador pueda actuar como mandatario del consumidor, contratando con el distribuidor la tarifa de acceso y traspasar al distribuidor los datos necesarios para el suministro.”

El artículo 8 del citado Real Decreto establece que los distribuidores deberán contestar a estas solicitudes en un plazo de cinco días hábiles, comunicando a los solicitantes si procede atender a dichas solicitudes o si existen objeciones que impidan su realización.

El artículo 6 establece los plazos en los que deberá hacerse efectivo el cambio de suministrador, en función de la necesidad o no de realizar actuaciones sobre las instalaciones.

La regulación del procedimiento se completa con la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, que establece lo siguiente:

“Disposición adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador.

Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente”.

2.6 Estructura de la oferta

Actualmente, son 188 las empresas autorizadas en España para el ejercicio de la actividad de comercialización de electricidad, de acuerdo con el listado publicado por la CNE en su página web, actualizada a 31 de mayo de 2011, incluyendo las 5 comercializadoras de último recurso. Las redes de distribución están gestionadas por 349 sociedades, algunas de las cuales pertenecen a los principales grupos empresariales, de acuerdo con el Listado Público de Distribuidoras Eléctricas, publicado por el MITYC en su página web, disponible a 13 de junio de 2011.

Respecto al suministro minorista de electricidad, las cuotas de mercado en el segundo trimestre de 2010, a través de comercializador libre, por número de clientes, fueron del 38,5% ENDESA, del 38,3% IBERDROLA, del 13,4% GAS NATURAL FENOSA y del 7,9% Hidrocantábrico-Naturgas, de acuerdo con el “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad correspondiente al periodo julio 2009-junio 2010” publicado por la CNE.

La distribución de la cartera de cada grupo empresarial entre comercializador libre y comercializador de último recurso ha experimentado un avance significativo en la evolución del mercado libre, representando éste, en el segundo trimestre de 2010, el 62,83% de la cartera de ENDESA, el 60,22% de la de IBERDROLA y el 71,82% de la de GAS NATURAL FENOSA.

2.7.- Estructura de la demanda (Datos del “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad correspondiente al periodo julio 2009-junio 2010”)

El número total de puntos de suministro minorista de electricidad en el segundo trimestre de 2010 fue de 27.338.764, perteneciendo 26.495.887 (96,9%) al sector doméstico, 822.722 (3%) a PYMEs y 20.155 (0,1%) al sector industrial.

En términos energéticos, la energía total suministrada en el segundo trimestre de 2010 fue de 238.163 GWh, correspondiendo 85.510 GWh (35,9%) al sector doméstico, 53.549 GWh (22,5%) a PYMEs y 99.104GWh (41,6%) al segmento industrial.

De los consumidores domésticos, aproximadamente el 15%, en términos de número de puntos de suministro, y el 23%, en términos de energía, eran suministrados por un comercializador libre, a finales del segundo trimestre de 2010. Los consumidores con mayor consumo o potencia contratada son los que mayormente han pasado al comercializador libre. Respecto a los consumidores de tamaño medio (tipo PYMEs), es significativo que más de un 20% de estos clientes son suministrados por un comercializador de último recurso, a pesar de no tener derecho a tarifa de último recurso desde el 1 de julio de 2009. Igualmente, en el sector industrial sigue habiendo consumidores que aún no han migrado a un comercializador libre, a pesar de que estos suministros se ven sometidos a tarifas con recargo desde el 1 de julio de 2008

3. HECHOS ACREDITADOS

3.1 El 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, IBERCUR asumió el suministro de 470.791 consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, transitoriamente carecían de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continuaban consumiendo electricidad.

De acuerdo con los datos facilitados por la CNE (folios 1339 a 1342), el número de consumidores sin derecho a tarifa de último recurso, suministrados por comercializadores de último recurso, son los que aparecen en la tabla siguiente:

CLIENTES SIN DERECHO A TUR SUMINISTRADOS POR UN CUR			
	Nº clientes		Energía (MWh)
CUR	Julio 2009	Julio 2010	Julio 2009
ENDESA	517.893	109.291	1.245.464
IBERDROLA	470.791	25.030	993.119
GNF	183.134	60.617	327.538
HC-NATURGAS	19.023	3.278	31.771
EON	29.309	10.733	47.944
TOTAL	1.220.150	208.949	2.645.836

Fuente: Elaboración propia, con datos de la CNE

El número de clientes sin derecho a TUR suministrados por un CUR ha sido calculado como la suma de los consumidores a AT y a BT con potencia >10 kW, suministrados por un CUR.

Al número de consumidores suministrados por Endesa Energía XXI el 1 de julio de 2010, de acuerdo con los datos facilitados por la CNE, se le ha restado el número de consumidores que, según los mismos datos, estaban siendo suministrados por la empresa a precio libre (192.273, folio 1338).

Como puede apreciarse en la tabla anterior, el número de consumidores cuyo suministro fue asumido por IBERCUR, el 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, ascendió a 470.791 (9.165 de alta tensión y 461.626 de baja tensión). Los clientes asumidos por IBERDROLA representaban el 39% de los clientes en situación transitoria (más del 80% de estos clientes fueron asumidos por dos grupos empresariales: IBERDROLA y ENDESA).. Respecto a la totalidad de los clientes de IBERDROLA (tanto en mercado libre como en suministro de último recurso), representaban el 4,6%, en número de clientes, y el 19,4%, en términos de energía.

Un año más tarde, el número de consumidores que permanecían en situación transitoria en la comercializadora de último recurso del grupo IBERDROLA se había reducido considerablemente hasta los 25.030, el 5% de los iniciales (21% de ENDESA, un 33% de GNF, un 17% de HC-Naturgas y un 36% de E.ON).

3.2 IBERCUR e IBERDROLA remitieron cartas a los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR. (folios 282 a 286)

Entre julio de 2009 y marzo de 2010, IBERDROLA e IBERCUR remitieron una serie de cartas a los clientes que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo transitoriamente suministrados por IBERCUR. Las cartas remitidas pueden clasificarse en cuatro tipos (remesas), cada uno de los cuales se describe en los apartados siguientes. En el diagrama a continuación se presenta el proceso esquematizado:

	jul-09	ago-09	sep-09	oct-09	nov-09	dic-09	ene-10	feb-10	mar-10
1ª remesa 474.197 envíos	430.316				42.262 1.619				
2ª remesa 339.012 envíos		328.009					11.003		
3ª remesa 308.615 envíos			279.370				19.977		9.268
4ª remesa 271.557 envíos					271.557				
Primer grupo de clientes AA.PP. Clientes procedentes de pequeñas distribuidoras									

Fuente: Elaboración propia, con datos de IBERDROLA

3.2.1 Primera remesa

IBERCUR realizó un primer envío de cartas durante la primera semana del mes de julio de 2009 a un total de 430.316 consumidores que, sin derecho a TUR, estaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR. Se elaboraron dos versiones de carta: una dirigida a clientes de baja tensión con potencia contratada superior a 10 kW y la otra dirigida a clientes de alta tensión.

A mediados de noviembre de 2009, se realizó otro envío de cartas similares a 42.262 destinatarios, correspondientes a Administraciones Públicas, y otras 1.619 a clientes a tarifa que procedían de otras distribuidoras sin comercializadora de último recurso que, en aplicación de la normativa, en julio de 2009 habían optado por ceder sus contratos a IBERCUR.

En total, la primera remesa fue enviada a 474.197 destinatarios entre julio y noviembre de 2009.

En esta remesa de cartas se informaba a los clientes de lo siguiente (folios 319 y 321):

“Como ya le fue comunicado por su empresa distribuidora y de acuerdo con lo previsto en la normativa europea, desde el 1 de julio de 2009 su suministro de energía eléctrica en [...] ha pasado a ser asumido por IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U.

Dicho suministro se efectuará en las condiciones previstas en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado de tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica (en especial en lo referido al precio y sus incrementos automáticos), y en las Condiciones Generales de IBERDROLA para suministros a consumidores que no tienen derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (con potencia contratada superior a 10 kW) (“las Condiciones Generales de IBERDROLA para suministros de alta tensión, que no tienen derecho a acogerse a la tarifa de último recurso”, en el caso de clientes de alta tensión) que le adjuntamos.

Salvo que el plazo de treinta días desde la recepción de la presente nos indique lo contrario, entenderemos que acepta las Condiciones Generales que le adjuntamos, especialmente en lo referido a la cesión contractual y la autorización para el tratamiento de datos de carácter personal para la finalidad de gestión del contrato y promocional del acuerdo con lo previsto en las mismas.

Asimismo, le recordamos que, en cualquier momento, usted podrá optar por cualquiera de las comercializadoras de electricidad que se indican en el listado publicado en la página de Internet de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es.”

3.2.2. Segunda remesa

Durante la primera semana de agosto de 2009, IBERCUR realizó un envío de cartas a un total de 328.009 consumidores que, sin derecho a TUR, estaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR. Se elaboraron dos versiones de carta: una dirigida a clientes con discriminación horaria nocturna y otra dirigida a clientes sin discriminación horaria.

El 12 de enero de 2010, se realizó otro envío de cartas similares a 11.003 destinatarios, en su mayoría consumidores procedentes de pequeñas distribuidoras locales.

Esta segunda remesa se dirigió a un total de 339.012 destinatarios, En ellas se informaba de lo siguiente (folios 323, 325, 619 y 620):

“Como ya tendrá conocimiento, la normativa aplicable a los suministros con potencia contratada superior a 10 kW que no hayan optado por realizar un contrato en el mercado libre, como es el caso de su suministro en [...] establece un proceso transitorio en el que los precios se incrementarán obligatoriamente un 5% trimestralmente hasta el 1 de abril de 2010, y un 20% a partir de esa fecha. Este proceso culminará con la rescisión del contrato e interrupción del suministro

el 1 de octubre de 2010 (“el 31 de diciembre de 2010”, en el caso de cartas enviadas en 2010).

Con la finalidad de evitarle los perjuicios mencionados (“Con la finalidad de evitar que usted siga siendo penalizado, así como de eliminar el riesgo de interrupción del suministro por esta causa”, en el caso de cartas enviadas en 2010), debe proceder a contratar su suministro con cualquiera de las comercializadoras en mercado libre indicadas en el listado publicado en la página: www.cne.es

No obstante lo anterior, para que no tenga que realizar gestión alguna por su parte, y de acuerdo con lo previsto en la cláusula 10ª de las condiciones generales, le comunicamos que su contrato de suministro va a ser cedido a la empresa comercializadora en mercado libre IBERDROLA, S.A. (“IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.”, en el caso de cartas enviadas en 2010), la cual se subrogará en todos los derechos y obligaciones del mismo. De esta manera, seguirá recibiendo el suministro sin interrupción y en unas condiciones idénticas a las que IBERDROLA, S.A. ofrece en el mercado liberalizado, y que suponen el mantenimiento (“de un precio fijo durante los 12 primeros meses del contrato, que le supone un ahorro medio aproximado del 6%, respecto a los que ahora mismo se le están aplicando. Adicionalmente, ya no le serán de aplicación las penalizaciones y perjuicios mencionados arriba”) del precio pagado actualmente (“el precio del término de potencia, y del término de energía activa, se mantendrán fijos durante el primer año, sin perjuicio de su actualización según la variación correspondiente al IPC el 1 de enero de 2010, y de los sucesivos años en que el contrato siga vigente, y según las variaciones de las tarifas de acceso y valores regulados que puedan ser aprobadas por la Administración. El descuento indicado será calculado una vez conocido el consumo efectuado hasta 31/12/2009 y será aplicado en la siguiente factura que se emita”) durante los 12 primeros meses del contrato, beneficiándose, además, de un descuento del 12% sobre el término de energía (sobre el término de energía del periodo valle, en el caso de clientes con discriminación horaria nocturna) hasta el 31 de diciembre de 2009.

Si usted ya hubiese contratado su suministro con alguna comercializadora en mercado libre, le rogamos que no tenga en consideración esta comunicación. Asimismo, le informamos de que podrá rescindir en cualquier momento el contrato con IBERDROLA, S.A., sin penalización alguna y contratar con cualquier otro comercializador.

Creemos que esta cesión le permitirá recibir el suministro en condiciones más beneficiosas y que será del máximo interés para usted, por ello se entenderá aceptada salvo que, en el plazo de los cuarenta días siguientes a la recepción de la presente, nos indique lo contrario o contrate su suministro con cualquier otra comercializadora en mercado libre”.

3.2.3 Tercera remesa

En la última semana de septiembre de 2009, IBERDROLA realizó un envío de cartas a un total de 279.370 destinatarios.

Durante la primera semana de enero de 2010, se envió la misma carta a 19.977 destinatarios, correspondientes a la categoría de Administraciones Públicas.

El 18 de marzo de 2010, se envió una carta similar a 9.268 destinatarios, correspondientes principalmente a consumidores procedentes de pequeñas distribuidoras locales.

Por tanto, en total, fueron enviadas 308.615 cartas en esta remesa.

En ellas, se informaba de lo siguiente (folio 327, 622 y 625) :

“Tal y como le comunicó IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. y habiendo transcurrido el plazo de cuarenta días sin que haya comunicado otra decisión, su suministro pasará a ser asumido por IBERDROLA S.A. (IBERDROLA GENERACION S.A.U. en las cartas del 18 de marzo) en las condiciones de mercado que se le indicaron y que le adjuntamos incorporadas al correspondiente Contrato y Condiciones Generales del suministro. Esta cesión coincidirá con la fecha de la próxima lectura de su contador, sin perjuicio [SIC] de que no se utilizarán sus datos para la finalidad promocional prevista en el Contrato hasta pasado un mes desde la recepción de la presente, periodo durante el cual usted nos podrá comunicar su oposición a dicho tratamiento.

En el caso de que usted ya hubiese contratado su suministro con otra comercializadora en mercado libre, le rogamos que no tenga en consideración esta comunicación ya que su suministro será asumido por la comercializadora de su elección. Asimismo, le recordamos que, si lo desea, podrá rescindir éste Contrato en cualquier momento, sin penalización alguna y, contratar con cualquiera de las empresas comercializadoras indicadas en el listado publicado en la página Web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.com.

Esperando que estas nuevas condiciones económicas sean claramente beneficiosas para usted (...)”

3.2.4 Cuarta remesa

Durante la primera semana de noviembre de 2009, IBERDROLA envió una cuarta carta a un total de 271.557 destinatarios. Se elaboraron dos versiones de carta: una dirigida a clientes con discriminación horaria nocturna y otra dirigida a clientes sin discriminación horaria.

Se informaba de lo siguiente (folio 331):

“Tal y como le hemos venido informando durante los últimos meses, según la normativa aplicable, aquellos suministros con potencia contratada superior a 10 kW, como es su caso en [...] que no contasen con un contrato en mercado libre, se verían afectados a partir del 1 de octubre de 2009 con incrementos trimestrales del 5% en los precios.

Iberdrola le ha proporcionado una solución en mercado libre, con unas condiciones muy ventajosas para usted:

Un 12% de descuento sobre todo su consumo de electricidad durante 2009 independientemente del periodo horario de consumo (sobre el término de energía del periodo valle, en el caso de clientes con discriminación horaria nocturna).

Para su tranquilidad, Iberdrola se ha ocupado ya de la activación de su contrato, para que disfrute de estas ventajas, por lo que Usted no necesita realizar ninguna gestión ni trámite adicional.”

3.2.5 Devoluciones

El método utilizado por IBERDROLA para el envío de las cartas fue “un sistema de comunicaciones certificadas en origen con gestión de devueltos” (folios 594 y 595). Este sistema no permite tener constancia de que las cartas han sido efectivamente recibidas por el destinatario.

El número de cartas devueltas, de acuerdo con la información facilitada por IBERDROLA, fue el siguiente (folio 595):

Envío	Número de cartas devueltas
Primer envío (julio 2009)	9.150
Segundo envío (agosto 2009)	656
Tercer envío (septiembre 2009)	4.576
Cuarto envío (noviembre 2009)	8.038

Fuente: IBERDROLA

3.3. Siguiendo el procedimiento descrito en las cartas, del total de 470.791 clientes sin derecho a TUR que estaban siendo transitoriamente suministrados por IBERCUR a 1 de julio de 2009 (véase Hecho Acreditado 3.1), 339.012 (72% de los anteriores) fueron objeto de la estrategia analizada, es decir, fueron destinatarios de la segunda remesa de cartas (Véase Hecho Acreditado 3.2.2), de los que 268.001 (el 79% de los destinatarios de la estrategia analizada) fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso (folio 603).

De los 268.001 consumidores traspasados, a fecha 13 de mayo de 2011, (CONFIDENCIAL) consumidores (CONFIDENCIAL) % de los traspasados) habían

firmado un contrato de suministro con una comercializadora ajena al grupo IBERDROLA, es decir, que con la excepción de los clientes que optaron por causar baja definitiva como punto de suministro, el resto de consumidores traspasados (alrededor del 70%) continúan estando vinculados al Grupo IBERDROLA, bien porque modificaron expresamente las condiciones de su contrato para poder acogerse a la TUR (con lo que continuaron siendo suministradas por IBERCUR, a la TUR), bien porque manifestaron expresamente su deseo de ser suministradas por IBERDROLA en condiciones negociadas individualmente.

3.4. Condiciones que resultan de aplicación a cada tipo de suministro.

En el Título VI del Real Decreto 1955/2000 se establecen las condiciones que regulan el suministro de energía eléctrica. Esas condiciones se completan con las establecidas en el Real Decreto 1435/2002, para los consumidores de baja tensión.

Respecto a los consumidores acogidos a tarifa de último recurso, el artículo 5 del Real Decreto 485/2009 establece lo siguiente:

- 1. A todos los efectos, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado.*
- 2. No obstante lo anterior, les serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en la sección IV del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000 (...). Los preceptos recogidos en esa sección establecen los criterios para el pago, la suspensión y la reposición del suministro.*

Las condiciones que aplican a todos los consumidores son iguales, independientemente del tipo de suministro que tengan, excepto en lo que se refiere al pago y suspensión del suministro, en donde se regulan condiciones específicas para los consumidores acogidos a tarifa de último recurso.

Adicionalmente, cada comercializador aplica unas condiciones generales a cada tipo de suministro y unas condiciones particulares a cada consumidor concreto.

3.5. IBERDROLA e IBERCUR aplican distintas condiciones generales en sus contratos de suministro de electricidad. Ambos modelos de condiciones fueron adaptados para los consumidores sin derecho a TUR.

IBERDROLA e IBERCUR establecen unas condiciones generales, que resultan de aplicación a sus suministros (de último recurso, en el caso de IBERCUR, y en mercado libre, en el caso de IBERDROLA). Adicionalmente, para cada contrato de suministro con cada cliente, serán de aplicación las condiciones particulares propias de cada uno de los clientes.

Ambas hicieron adaptaciones de estas condiciones generales, para los clientes objeto de análisis. Así, establecieron unas condiciones generales para los clientes de IBERCUR sin derecho a TUR, remitidas en la primera remesa de cartas, y otras para los clientes de IBERDROLA traspasados automáticamente desde IBERCUR, remitidas en la tercera remesa de cartas.

En los hechos que nos ocupan, los consumidores pasaron de las condiciones generales para los clientes de IBERCUR sin derecho a TUR a las condiciones generales para los clientes de IBERDROLA traspasados automáticamente desde IBERCUR. Las principales diferencias entre unas y otras condiciones se refieren al suministrador (CUR, en un caso, y libre, en el otro), a la duración del contrato (límite establecido en la normativa, en un caso, y anual prorrogable, en otro), al precio a aplicar (tarifa establecida en la normativa, en un caso, y precio libre en otro) y a la terminación del contrato.

Por lo que se refiere a la terminación del contrato, las condiciones generales para los clientes traspasados, no recogían ningún tipo de penalización por rescisión anticipada del contrato, lo que resulta coherente con la información recogida en las cartas.

Por una parte, en la carta enviada en la segunda remesa a los clientes de IBERCUR sin derecho a TUR (véase Hecho Acreditado **3.2.2**) se establecía que: *“Asimismo, le informamos de que podrá rescindir en cualquier momento el contrato con IBERDROLA, S.A., sin penalización alguna y contratar con cualquier otro comercializador.”*

Igualmente, en la carta enviada en la tercera remesa se recogía que: *“Asimismo, le recordamos que, si lo desea, podrá rescindir este Contrato en cualquier momento, sin penalización alguna.”*

Sin embargo, en las condiciones particulares que fueron adjuntadas a las cartas enviadas en esta misma remesa, aparece la siguiente cláusula (folios 337, 339, 340 y 341) :

“CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS

(...)

La terminación del Contrato con anterioridad al 31-12-2009 por cualquier causa imputable al Cliente implicará la pérdida del derecho a recibir los descuentos ofertados.”

Por lo que se refiere a la cesión de los contratos, en los 4 tipos de condiciones generales anteriores, se recoge idéntica cláusula 10ª, que reza como sigue:

“10.-SUBROGACIÓN Y CESIÓN

10.1.- Para la subrogación en los derechos y obligaciones del Contrato, bastará con comunicar de forma fehaciente a IBERDROLA el cambio de titularidad, siempre que se esté al corriente en el pago. Esta comunicación deberá contener la conformidad del nuevo Cliente que deberá hacer constar sus datos personales y domicilio a efectos de presentación de las facturas, el CIF o NIF, y los datos de domiciliación bancaria.

10.2.- IBERDROLA podrá ceder el Contrato y los derechos y obligaciones dimanantes del Contrato a cualquier sociedad participada, vinculada o sucesora de IBERDROLA que pueda prestar en un futuro el servicio objeto del Contrato, bastando a tal efecto la oportuna comunicación al Cliente.”

3.6 IBERDROLA llevó a cabo una presentación en la CNE, el 17 de septiembre de 2009, informando del procedimiento que iba a seguir. La CNE valoró los hechos denunciados en su “Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador en el mercado libre” de 27 de julio de 2010 y en las dos respuestas dadas a la CNC como contestación a sus requerimientos.

La CNE, en su “Respuesta a la solicitud de la CNC de información en el marco de la denuncia por parte de Gas Natural, SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L. contra Iberdrola”, de 6 de mayo de 2010 confirma que: *“El 17 de septiembre de 2009, efectivamente hubo una reunión entre los servicios técnicos de la CNE e Iberdrola. El contenido de dicha reunión se centró en la presentación por parte de Iberdrola de los procesos realizados por este comercializador para la implantación del suministro de Último Recurso, las campañas comerciales previstas por la empresa y algunos temas regulatorios pendientes de desarrollo normativo. Esta reunión se enmarca dentro del ámbito de las reuniones periódicas que esta Comisión mantiene con los agentes, a fin de conocer la evolución de todos estos aspectos, más relevante aún si cabe, desde la desaparición el 1 de julio de 2009 de todas las tarifas integrales de electricidad.”* (folio 345).

Además, valora que *“En dicha reunión no se realizó, por no ser la vía apropiada para ello, una valoración o juicio sobre lo expuesto por Iberdrola, ya que la reunión constituía un mecanismo informal de recepción de información, y no puede considerarse un medio para que la CNE decida o resuelva –actuando de una forma sumaria- asuntos en los que pueda tener competencia. Ello, al margen de que, por lo demás, las competencias de la CNE se han de ejercitar formalmente por su Consejo de Administración, tal y como prevé el artículo 19 de su Reglamento (aprobado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio), quien en consecuencia no puede entenderse vinculado por lo expuesto o por lo tratado en este tipo de reuniones.”* (folio 345)

Concluye que *“Por tales razones, el Consejo de la CNE, en su reunión de 22 de diciembre de 2009, (...) acordó iniciar Expediente Informativo con el fin de analizar las dificultades de contratar el suministro de electricidad con comercializadores libres, por parte de los consumidores que no tienen derecho a acogerse a la TUR (...)”* (folio 346)

En el marco de este expediente informativo, se solicitó información a los principales agentes del sector, por lo que, en este contexto, también fueron conocedores de la práctica llevada a cabo por IBERDROLA (folios 346 y 347).

Además, indica que *“Adicionalmente, el 4 de marzo de 2010, en otra de las reuniones periódicas que la CNE mantiene con los agentes, Iberdrola informó que 262.000 clientes habían sido traspasados a la comercializadora de mercado libre con las condiciones económicas que actualmente ofrece dicho mercado, siguiendo los criterios indicados en la reunión de 17 de septiembre.”* (folio 345) y que, con fecha 5 de marzo de 2010, IBERCUR remitió un escrito a la CNE informando sobre la medida emprendida (folio 347).

El citado Expediente informativo fue aprobado el 27 de julio de 2010, con el siguiente contenido, en relación con la actuación de Iberdrola:

“Esta actuación podría ser contraria, a la Disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, que se refiere claramente a la necesidad de que el comercializador cuente con la conformidad expresa del cliente, sin mencionar posibles excepciones a esta regla cuando el comercializador entrante y el saliente pertenecen al mismo grupo empresarial. Por tal motivo, podría indiciariamente existir una infracción de las reglas sobre formalización de los contratos o una infracción de los requisitos de contratación de los clientes.”

Añade que también *“podría contravenirse al derecho básico, reconocido por la Ley del Sector Eléctrico, de todos los comercializadores de acceder a las redes y, por tanto a los puntos de suministro conectados a las mismas, en igualdad de condiciones, objetivas, transparentes y no discriminatorias.”*

Además, analiza la conducta desde la normativa de competencia, concluyendo que el comportamiento de IBERDROLA *“podría presentar indicios de conductas anticompetitivas”* y que *“se propone la remisión de este expediente a la CNC.”*

Por otra parte, en su *“Respuesta a la solicitud de la CNC de información en el marco de la denuncia por parte de Gas Natural, SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L. contra Iberdrola”*, de 23 de junio de 2010, da respuesta a las cuestiones concretas sobre la actuación de IBERDROLA planteadas por la CNC, pudiendo destacarse lo siguiente:

“(…) el paso de un comercializador de último recurso (CUR) a un comercializador libre, dentro de un mismo grupo empresarial, no puede considerarse como una subrogación contractual.

El régimen jurídico de los consumidores en el mercado libre no es idéntico al de los consumidores que están siendo suministrados por un CUR, sean estos con derecho a TUR o sin derecho a TUR pero temporalmente sin contrato en vigor.

(…)

En este caso se entiende que se trata realmente de un cambio de suministrador, que, necesariamente, requiere la conformidad expresa del consumidor de acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009.” (folios 362 a 364)

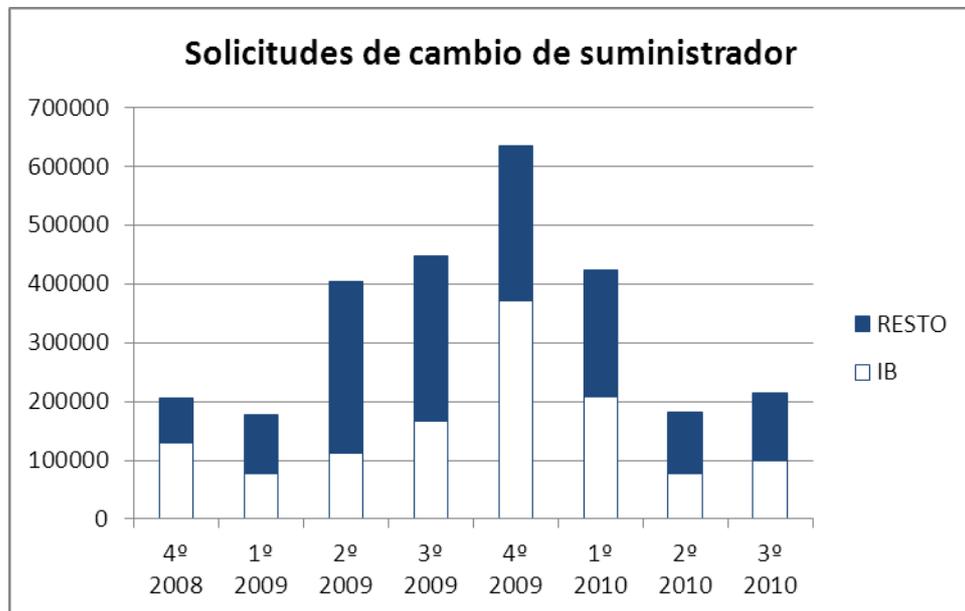
Concluye así que *“esta actuación (...) se basa en la conformidad tácita de los clientes, y, por tanto, no parece ajustarse a la Disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009”.*

(…)

Por tal motivo podría indiciariamente existir una infracción de las reglas sobre formalización de los contratos o una infracción de los requisitos de contratación de los clientes. En concreto, IBERDROLA podría haber vulnerado los apartados 1 y 4 del artículo 62 de la Ley del Sector Eléctrico.” (folio 366)

3.7 Los datos facilitados por OCSUM en sus informes periódicos sobre los procesos de cambio de suministrador muestran un incremento general de solicitudes en el 4º trimestre de 2009, que resulta especialmente relevante para IBERDROLA.

Los datos facilitados por la OCSUM en sus informes trimestrales y mensuales sobre solicitudes de cambio de suministrador (folios 679, 909, 927, 945, 972, 1031, 1068, 1076, 1084, 1092, 1100 y 1108) se recogen en la gráfica adjunta donde se reflejan las solicitudes de cambios de suministrador aceptadas, realizadas por IBERDROLA, junto con las realizadas por los restantes comercializadores.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de OCSUM

En el gráfico se aprecia que en el cuarto trimestre de 2009 se produjo un notable incremento de la actividad en el mercado y también puede apreciarse que IBERDROLA lo hizo muy por encima de lo que lo hicieron sus competidoras. Mientras que el número de solicitudes de cambio de suministrador de los restantes comercializadores experimentó un descenso del 6%, respecto al trimestre anterior, en el caso de IBERDROLA el incremento fue del 123%.

Este hecho se hace notar en el propio seno de OCSUM, que lo refleja en su informe del cuarto trimestre de 2009, en el que recoge: *“Se detecta que en el trimestre ha habido una actividad importante por parte de un agente. En este sentido, el agente Iberdrola, S.A. manifiesta que esta actividad se ha debido principalmente a los resultados de la campaña comercial realizada para evitar la penalización aplicada a ciertos consumidores mediante la contratación en el mercado libre a los consumidores con potencia contratada superior a 10 kW, y por lo tanto, sin derecho a tarifa de último recurso, y a los que se les estaba aplicando*

por el comercializador de último recurso la tarifa con los recargos correspondientes.” (folio 960)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto de la presente Resolución.

En la presente Resolución el Consejo de la CNC debe pronunciarse sobre la propuesta que la Dirección de Investigación le ha elevado en aplicación de la vigente Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, teniendo en consideración las alegaciones presentadas por las partes ante este Consejo.

La Dirección de Investigación llega a la conclusión de que *“la conducta llevada a cabo por IBERDROLA, IBERCUR e IBERDROLA GENERACIÓN, consistente en el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso hasta la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial, constituye una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC que prohíbe “los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público” y que considera “responsables de dicha infracción a IBERDROLA, IBERCUR e IBERDROLA GENERACIÓN”.*

SEGUNDO.- Sobre la calificación de la conducta

El Consejo debe determinar si la conducta imputada constituye una infracción del artículo 3 de la LDC como propone la Dirección de Investigación. Para ello ha tomado en consideración la totalidad de la documentación que forma parte del expediente administrativo y, dentro de ésta, todas las alegaciones presentadas a la Propuesta de Resolución, entre las que se encuentran determinados informes que, por acompañarse a los escritos de alegaciones, se han considerado también parte de la argumentación esgrimida por los imputados. Debido a su extensión y a que, en gran parte, reproducen las presentadas al Pliego de Concreción de Hechos (PCH), aquí solo procede realizar una síntesis sin que esta circunstancia puede considerarse como generadora de indefensión.

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones respecto a que el derecho de defensa de las partes no requiere la respuesta motivada individualmente a cada una de las alegaciones presentadas, sino que éstas pueden ser merecedoras de una valoración conjunta, y consecuentemente ser objeto de un rechazo o aceptación motivado conjuntamente, lo que entiende el Consejo que concurre en este caso. Dicho pronunciamiento ha sido ratificado por la Audiencia Nacional, quien en Sentencia de 4 de mayo de 2010 de recurso presentado contra la RCNC 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS de 24 de noviembre de 2009, argumenta que: *“El derecho cuya infracción se alega no comprende el derecho del sujeto a un expediente administrativo sancionador a que se admitan y se acepten por la Administración sus alegaciones, como parece*

entender la actora. Las alegaciones fueron contestadas, y, como indica la CNC, por el hecho de no ser mencionadas expresamente, o de no indicarse que se está contestando a las alegaciones de CETM no puede entenderse que fueron ignoradas.” El Consejo, a la vista de lo dispuesto por el artículo 37.2 del RDC no ha estimado necesario la realización de la vista solicitada.

A estos efectos, el Consejo considera, de acuerdo con la propuesta de la Dirección de Investigación, que ha quedado acreditado en el expediente que la conducta imputada ha consistido en una infracción del artículo 3 de la LDC por entender que, por un lado, se ha incumplido lo dispuesto por la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009; norma que tiene por objeto regular la actividad concurrencial, debe reputarse como una conducta desleal de acuerdo con el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal y que, por otro, su afectación al interés público, legitima el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la CNC.

Sobre la infracción de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009

Es un hecho indiscutido, puesto que así lo ha reconocido expresamente IBERDROLA , que no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores en todos los cambios de suministrador llevados a cabo con la conducta imputada en este expediente (folio 290). Dicha actuación vulnera, a juicio de este Consejo, lo dispuesto por la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009

La norma infringida, bajo la rúbrica “*Conformidad del cliente al cambio de suministrador*”, establece que “*se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que esta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo*” y continua “*El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor.*”

Como se expondrá más adelante, cualquiera de interpretación de la normativa que se haga desde el rigor jurídico no permite llegar a otra conclusión que la necesidad de exigir el consentimiento expreso del cliente para el cambio de suministrador de energía eléctrica. No cabe por tanto afirmar que IBERDROLA e IBERCUR hayan actuado sobre la base de una interpretación razonable de la normativa al recabar el consentimiento tácito, sino todo lo contrario. En efecto, no es en modo alguno razonable interpretar que la normativa admite el consentimiento tácito cuando prevé en términos inequívocos que el consentimiento debe ser expreso (es decir, la propia norma habla de “*conformidad expresa*”). Por otra parte, en este caso no es posible afirmar siquiera que se ha obtenido el consentimiento tácito pues se tiene constancia de que las cartas se enviaron, del contenido de las mismas y de las que fueron devueltas, un 2% de las enviadas, pero no de que aquellas no devueltas hayan llegado a sus destinatarios.

Y no se puede defender que esta conducta está amparada en que las condiciones generales de los contratos preveían la posibilidad del traspaso de IBERCUR a IBERDROLA.

De acuerdo con el tenor literal de la cláusula contenida en los contratos, IBERDROLA podrá ceder el contrato a cualquier sociedad que pudiera prestar en un futuro “*el servicio objeto del contrato*” y, en el caso que aquí se analiza, el objeto del contrato es distinto, puesto que se pasaría de un suministro de último recurso a un suministro en mercado libre que presenta características perfectamente diferenciadas.

No cabe hablar en este caso de una subrogación. Subrogación implica la asunción de todos los derechos y obligaciones por parte de la empresa receptora, lo que supone la identidad del servicio prestado en todas sus condiciones. Sin embargo, el régimen jurídico de ambas empresas dentro del mismo grupo (comercializador de último recurso y comercializador en mercado libre) es distinto. El cliente pasa de tener una tarifa regulada al pago de un precio establecido en un contrato en mercado libre, que podría variar según las cláusulas contenidas en el mismo. Además, en el mercado libre se establece la posibilidad de condicionar el suministro a la solvencia del consumidor, a la prestación de garantías, así como a establecer penalizaciones por cancelación anticipada. Finalmente, las condiciones para proceder a la suspensión y reposición del suministro y las condiciones de facturación y pago presentan también diferencias en uno y otro modelo de suministro (véase Hechos Acreditados **3.4** y **3.5**).

Por tanto, un cambio entre ambos suministradores no puede considerarse como una subrogación contractual, en la medida en que ambos tipos de suministro presentan distintos sujetos, objeto y condiciones.

Así lo confirma la CNE en su informe de 23 de junio de 2010, recibido el 24 de junio, donde dice “*el condicionado general del suministro de último recurso presenta diferencias sustanciales con respecto a un contrato negociado en mercado libre*” (folio 365) y señala expresamente que “*el paso de un comercializador de último recurso (CUR) a un comercializador libre, dentro de un mismo grupo empresarial, no puede considerarse como una subrogación contractual*” (folio 362) y “*cuando un cliente pasa de un CUR a un comercializador en el mercado libre, aunque éste pertenezca al mismo grupo empresarial, parece claro que no está asumiendo los mismos derechos y obligaciones del CUR, es decir no se está subrogando al CUR (...) se trata realmente de un cambio de suministrador, que, necesariamente, requiere la conformidad expresa del consumidor de acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009.*” (folio 364).

Tampoco se puede aceptar el argumento de que cumplió con el espíritu de la ley ya que con su conducta se aceleró el proceso de entrada de los consumidores sin derecho a TUR en el mercado libre, como quería el legislador, y les benefició en tanto que impidió que sufriesen penalizaciones en el precio y evitó que sufriesen cortes de suministro, que, además, habrían tenido efectos negativos sobre la imagen comercial de la empresa.

En el Informe que acompaña a las alegaciones se establece que *“la subrogación era una acción razonable en el contexto regulatorio existente y responsable para evitar daños a los consumidores”*. Sin embargo, si el único objetivo de la empresa fuese éste, IBERCUR habría realizado el envío de la segunda remesa de cartas al total de los consumidores en esta situación (470.791) y no a un segmento de los mismos (339.012, un 72%). En este sentido, IBERDROLA reconoce que el número de destinatarios de la primera remesa y de la segunda difieren, entre otros motivos, por la existencia de *“Clientes industriales y Administraciones Públicas que Iberdrola decide contactar mediante gestores personales para emprender una negociación directa”* (folios 600 y 601), con lo que se reconoce que se hizo un tratamiento selectivo de los consumidores traspasados. Si realmente sólo hubiese perseguido el beneficio de los consumidores afectados, hubiera procedido al traspaso de todos ellos, sin hacer distinciones.

Adicionalmente, al contrario de lo que argumentan IBERDROLA e IBERCUR, incluso si la práctica de subrogación fuese necesaria para evitar efectos negativos sobre la imagen comercial de la empresa, no parece necesaria la excesiva inmediatez en la que esta conducta se realizó, tras la aprobación de la Orden ITC/1659/2009. La conducta no evita a los consumidores el perjuicio del corte de suministro, pues en la fecha en que se envía la segunda remesa, no eran aún aplicables los cortes. Es más, cuando se envían las cartas de enero y marzo de 2010 ya se ha publicado la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, que, en su Disposición Transitoria Tercera, estableció una prórroga de la situación hasta el 31 de diciembre de 2010. Tampoco la penalización en la tarifa era aplicable a los clientes en baja tensión, pues sólo comenzó a aplicarse el 1 de abril de 2010, fecha posterior al último de los envíos de la segunda remesa.

La CNE se manifiesta en la misma línea en su expediente informativo de 27 de julio de 2010 cuando, refiriéndose a la actuación de IBERDROLA y de otro de sus competidores, dice lo siguiente: *“Asimismo, se observa que ambas empresas presentaron sus acciones como dirigidas a minimizar el impacto económico del recargo previsto por la normativa para los clientes sin derecho a TUR que no hubieran elegido suministrador. Sin embargo, ninguna de ellas transfirió la totalidad de dichos clientes, sino realizó un traspaso selectivo (...). Por lo tanto, se puede entender que las conductas respondían en realidad al objetivo de mantener en el grupo empresarial sólo a los clientes que fueran más rentables y a los cuáles se podía realizar una oferta atractiva, inferior al precio disuasorio.”*

Por otra parte, estos consumidores, en un mercado liberalizado, podrían haber sido objeto de distintas ofertas por parte de otros competidores que podrían haber sido más beneficiosas que las ofrecidas por IBERDROLA, por lo que no puede concluirse que se hayan visto necesariamente beneficiados.

Lógicamente, el espíritu del legislador es proceder a la liberalización de la forma más ágil posible, pero no a costa de limitar los efectos beneficiosos de aquella para el consumidor. Si la agilidad hubiera sido la única motivación del legislador, habría regulado un traspaso automático de los contratos, tal como hizo en el caso de los consumidores con derecho a tarifa de último recurso. Sin embargo,

estableció las penalizaciones y la amenaza de interrupción del suministro, con plazos de entrada en vigor, que tenían como objetivo provocar que los consumidores firmasen lo antes posible con una comercializadora en mercado libre. Si optó por establecer diferencias en el procedimiento, en el caso de los consumidores sin derecho a tarifa de último recurso, es porque consideró que, en este caso, la opción del traspaso automático no era la más adecuada. Es lógico pensar que el legislador buscara una solución que mantuviese un equilibrio razonable entre la liberalización del sector, la defensa de la competencia y la protección al consumidor, teniendo en cuenta los distintos tipos de consumidores

Finalmente y respecto a la transparencia de la conducta ante la CNE resulta pertinente destacar que IBERDROLA comunicó su actuación a la CNE en una reunión que tuvo lugar una vez que la misma se hubo iniciado y, tras la reunión, la CNE inició un Expediente Informativo en el que concluyó que la actuación podría ser contraria a la Orden ITC 1659/2009, dando traslado de los hechos a esta Comisión a efectos de aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia.

Y sobre la transparencia ante los consumidores, la afirmación de que tuvieron oportunidad de oponerse al cambio de suministrador no se sostiene en tanto que el sistema empleado para hacer los envíos no permite tener constancia de la recepción de las cartas por parte de sus destinatarios (párrafos 163 a 165 del PCH) y no se obtuvo su conformidad expresa como exige la normativa. En cualquier caso, y con independencia del sistema de remisión de las cartas, lo cierto es que no se cumplió con los requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia, por lo que plantear cualquier otro tipo de debate resulta absolutamente estéril.

El Consejo considera que ninguna de las alegaciones desvirtúa el hecho acreditado de que la conducta infringe lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009.

Sobre la calificación de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal

Para imputarla de desleal, una vez acreditado que la conducta supone una infracción de norma, la valoración de la acción hay que realizarla bajo el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

El Consejo toma en consideración que en el primer párrafo la Disposición Adicional primera de la Orden en cuestión otorga un derecho a los consumidores, el de manifestar expresamente su conformidad al cambio de comercializador, y en el segundo establece una carga o deber a los comercializadores que protege el derecho otorgado. En la medida en que este otorgamiento de derechos y deberes responde a la protección de aquellos que están en posición más débil, los consumidores, la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 está regulando como se llevan a cabo las conductas concurrenciales de los agentes que operan en el mercado libre minorista de suministro de electricidad.

Por tanto, desde la perspectiva de Ley de Competencia Desleal estamos ante una acción que supone la violación de una norma que tiene por objeto regular la actividad concurrencial, y, en consecuencia, es desleal de acuerdo con el artículo 15.2 de la misma.

Tanto IBERDROLA como IBERCUR defienden que su conducta no constituye infracción de una norma que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Manifiestan que hasta la notificación de la Propuesta de Resolución (PR) no han tenido conocimiento de si la imputación era por infracción del artículo 15.1 o del 15.2 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) lo que consideran una vulneración del derecho de defensa, y ponen en conexión el artículo 4.3 de la Orden ITC/1659/2009 con la Disposición Adicional Primera de la misma Orden para interpretar que un precepto y otro se refieren a supuestos distintos. Finalizan su alegación interpretando que la citada Disposición Adicional no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

En contra de lo afirmado por IBERDROLA e IBERCUR, el PCH ya establecía claramente la prohibición del art. 15 de la LCD que se considera infringida, concretamente en los párrafos 153 y 154 que a continuación se reproducen literalmente.

“Ahora bien, sí se aprecia que la conducta llevada a cabo por IBERDROLA, IBERCUR e IBERDROLA GENERACIÓN, consistente en el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso hasta la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial, podría ser constitutiva de una infracción del artículo 3 de la LDC que prohíbe “los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.” En concreto, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) establece en su artículo 15 lo siguiente:

“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”

Por ello, a continuación se analizará si concurren todos los requisitos necesarios para la [sic] concluir la infracción del artículo 3 de la LDC, esto es, si se ha producido la infracción de normas que regulan la actividad concurrencial adquiriendo los responsables, como consecuencia de ello, una ventaja competitiva que falsee la libre competencia y si la conducta ha afectado al interés público.”

Si en el PCH se hace un análisis para determinar si se ha producido infracción de norma que regula la actividad concurrencial, es evidente que se hace desde la perspectiva del apartado 2 del artículo 15 de la LCD. Por lo tanto no cabe afirmar que no se tenía conocimiento del precepto infringido y se han vulnerado sus derechos de defensa. De hecho, el debate sobre la concurrencia de los requisitos de ese precepto evidencia que los infractores conocían perfectamente la

imputación y no han ahorrado argumentos a la hora de tratar, a nuestro juicio infructuosamente, de desvirtuarla.

Después de esta apreciación inicial de posible indefensión, IBERDROLA e IBERCUR argumentan que la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 debe ser interpretada en el marco del conjunto de dicha Orden y no de forma aislada. Con este razonamiento defienden que no todo cambio de suministrador exige el consentimiento expreso del cliente, que hay que distinguir entre cambios dentro del mismo grupo y aquellos en los que el cambio tiene lugar entre comercializadoras de grupos distintos, y que la Disposición Adicional puede ser una regla general aplicable a los traspasos entre comercializadores y el artículo 4.3 de la Orden una regla específica para los consumidores sin derecho a TUR.

Esta interpretación no se desprende en ningún momento de la literalidad de la Orden citada. Pero, además, si se trata de poner en conexión la regulación del sector, el espíritu que se desprende de la normativa sectorial es precisamente el contrario, apreciándose una especial preocupación por parte del regulador en los traspasos de contratos entre empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

De hecho, el artículo 6 del Real Decreto 485/2009 establece lo siguiente:

“2. Si un consumidor acogido a la tarifa de último recurso que es suministrado por un comercializador de último recurso opta por cambiar de comercializador, ni el comercializador de último recurso original ni ninguna otra empresa comercializadora de su mismo grupo empresarial podrán realizar contraofertas con dicho consumidor hasta que transcurra un año.”

Por tanto, ni explícita ni implícitamente la regulación pretende hacer distinción alguna en los procesos de cambio de suministrador si este se produce entre empresas del mismo grupo empresarial, y en regulación administrativa solo lo que está expresamente permitido no está prohibido. En este caso es aplicable el principio general de interpretación de las normas *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*. Si la ley no distingue, no debemos distinguir.

La CNE, en su informe de 23 de junio de 2010, recibido el 24 de junio, concluye en el mismo sentido lo siguiente (folio 365):

“A la luz de todo lo anterior, se interpreta que la necesidad de recabar el consentimiento expreso de consumidor al cambio de suministrador al que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 debe aplicarse a todos los cambios de suministrador, incluidos los cambios desde el comercializador de último recurso al comercializador en mercado libre que se realicen en el seno de un mismo grupo empresarial.”

Por tanto, el procedimiento para cambiar de suministrador dentro del mismo grupo empresarial debe ajustarse al procedimiento general establecido en la regulación (véase Hecho Probado 2.5), es decir, que el nuevo comercializador, una vez recabada la voluntad expresa del consumidor de proceder a la contratación del suministro eléctrico con éste y su autorización para actuar en su nombre para la

contratación del acceso a las redes con el distribuidor, deberá cursar su solicitud al distribuidor, traspasándole los datos necesarios para el suministro.

Admitir procedimientos distintos para unos y otros comercializadores, en función de su pertenencia o no a grupos empresariales, constituiría una vulneración de los derechos básicos recogidos en la LSE.

En este mismo sentido se pronuncia la CNE, en el precitado informe de 23 de junio de 2010, donde señala: *“La segunda razón por la cual no puede eludirse la necesidad de consentimiento expreso en el paso de clientes de un CUR a una comercializadora del mercado libre afiliada al mismo grupo empresarial está relacionada con el derecho básico, reconocido en la Ley del Sector Eléctrico, de todos los comercializadores de acceder a las redes y, por tanto a los puntos de suministro conectados a las mismas, en igualdad de condiciones, objetivas, transparentes y no discriminatorias.”* (folio 364)

Sobre el falseamiento de la libre competencia

El Consejo comparte con la DI que la actuación de IBERDROLA tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia al dejar las distribuidoras de comercializar definitivamente, permitiendo a los comercializadores la captación de un grupo de clientes, los suministrados por una comercializadora de último recurso sin tener derecho a la tarifa de último recurso, atractivos por su volumen y por sus niveles de consumo. Aun sin entrar a valorar el atractivo comercial de los consumidores a los que se dirigió la conducta imputada respecto al de un consumidor medio en el mercado libre minorista de electricidad, es indiscutible que, en tanto que las cartas no se enviaron a todos los consumidores traspasados de la distribuidora a la comercializadora de último recurso, se procedió a hacer una selección entre ellos que, lógicamente, descartó a los menos atractivos.

Por otra parte, si el porcentaje de receptores de la segunda remesa de cartas que finalmente fueron traspasados sin su conformidad expresa, un 79,1% (véase Hecho Acreditado **3.3**) es superior a la cuota de fidelización, medida en porcentaje de puntos de suministro de IBERDROLA en el mercado libre que son suministrados por la comercializadora del grupo, el 73,8% en el tercer trimestre de 2009, es evidente que la conducta supuso una reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores. A la misma conclusión se llega comparando el número de consumidores sin derecho a TUR que, un año más tarde, continuaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR, un 5% de los asumidos en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, con los que permanecían en las comercializadoras de último recurso de las otras distribuidoras (véase Hecho Acreditado **3.1**).

La cuota de fidelización antes definida es uno de los datos que utiliza la CNE para evaluar los avances en la liberalización del sector en sus “Informes de supervisión del mercado minorista de electricidad”. En el correspondiente a octubre 2008-septiembre 2009, como ya se ha indicado, la cuota de fidelización a IBERDROLA en el tercer trimestre de 2009 es del 73,8%. Es conveniente recordar que el envío de la segunda remesa de cartas tuvo lugar en agosto de

2009. Pues bien, en el cuarto trimestre de 2009 esa cuota se había elevado hasta el 79% alcanzando el 81% en el cuarto trimestre de 2010, de acuerdo con los datos contenidos en el informe de supervisión correspondiente al segundo semestre de 2010. Ante estos datos es evidente que este incremento de la fidelización, importante en términos absolutos teniendo en cuenta la cuota de IBERDROLA en este mercado, está reflejando un reforzamiento de la barrera de entrada que supone la fidelización de los consumidores respecto de los distribuidores y, por tanto, de la que tienen respecto de la comercializadora del grupo.

Sobre la afectación al interés público

La afectación al interés público es uno de los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia del elemento objetivo del tipo cuando de infracciones del artículo 3 de la LDC se trata. Así lo ha puesto de relevancia este Consejo al señalar que *“ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal.”*. (RCNC de 15 de diciembre de 2011, expediente S/0350/11 ASISTENCIA EN CARRETERA)

Aplicando esos criterios a este caso, está suficientemente acreditado que la conducta consiste en una infracción de norma que se produce en el momento en que la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad iba a desplegar todos sus efectos. Los comercializadores libres podían competir por los consumidores que iban a ser suministrados transitoriamente por una CUR y para éstos se abría la posibilidad de encontrar mejores alternativas de suministro. Sobre los problemas de competencia que se dieron en este contexto y el posicionamiento de las distribuidoras ante la apertura a cambios de suministrador se manifestó este Consejo en su Resolución de 13 de mayo de 2011, expediente S/0159/09, UNESA Y ASOCIADOS, en la que señalaba que *“Las conductas, en la medida que dificultan que los clientes pasen a una comercializadora independiente, refuerzan la inercia del mercado y limitan el efecto de la liberalización”*. Y esto es exactamente lo que también se acredita en el expediente que nos ocupa.

Por otra parte, el suministro de electricidad es un input básico de la economía, y, en este caso, relevante para el colectivo al que se dirige la conducta. Tratándose en gran medida de consumidores conectados a baja tensión, con potencia contratada superior a 10KW y que hasta el 1 de julio de 2009 habían tenido derecho a la tarifa de último recurso, no resulta aventurado afirmar que fueron

mayoritariamente pequeñas y medianas empresas las destinatarias de las cartas (339.012).

Por lo tanto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada, la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad, el colectivo al que se dirigió, pequeñas y medianas empresas, y el servicio afectado, un input básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos, para este Consejo no hay duda de que la conducta ha afectado al interés público.

Por lo tanto el Consejo considera que se dan todos los requisitos necesarios para calificar la conducta como prohibida de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Y aunque no sea relevante para la calificación, el Consejo quiere comentar la alegación de IBERDROLA respecto a que no ha obtenido ventaja competitiva.

El Consejo considera que los demás comercializadores no tuvieron ocasión de competir con IBERDROLA en condiciones de igualdad, debido a que su acceso a la información de los consumidores no pudo producirse con la misma facilidad y celeridad, reduciéndose las posibilidades de elección de los clientes en ese especial momento temporal. Comercializadores que, además, tenían que diseñar su estrategia sabiendo que debían obtener la conformidad expresa de los consumidores interesados en cambiar de suministrador. Adelantándose a los demás competidores e incurriendo en menos costes de captación, IBERDROLA pudo obtener unos beneficios superiores.

Por otra parte, aun cuando IBERDROLA informó de que no se aplicaría ninguna penalización en caso de cambiar de suministrador, la cláusula penalizadora que figuraba en sus condiciones particulares pudo actuar como desincentivo al cambio de suministrador. Pero incluso suponiendo que los clientes traspasados hubieran tenido libertad plena para contratar con un segundo comercializador sin incurrir en una penalización, los márgenes con los que contaban los comercializadores, para ofertar después del primer cambio, eran insuficientes para conseguir un segundo cambio. Tendrían que asumir los costes derivados de que los consumidores son más receptivos a aceptar una primera reducción de precios que a aceptar posibles reducciones marginales futuras, de menor magnitud aunque adicionales.

Por todo ello puede concluirse que, con la conducta imputada, IBERDROLA ha adquirido una ventaja competitiva en el mercado, dificultando la posibilidad de que los clientes fueran captados por otros comercializadores no integrados en el Grupo.

Sobre esta alegación véase la valoración que sobre la obtención de una ventaja competitiva se incluye en los párrafos 189 a 238 del PCH (folios 1484 a 1492).

TERCERO.- Periodo de la infracción

La conducta comienza con el inicio del envío de la segunda remesa de cartas, en la primera semana del mes de agosto de 2009, cuando se comunica a los clientes que su contrato va a ser cedido, y finaliza con el último envío de las cartas, en la tercera semana de marzo de 2010 en las que se informa a los clientes que se ha llevado a cabo el traspaso. Tal y como se ha desarrollado la conducta, este Consejo considera que nos encontramos ante un plan ideado y para cuya ejecución era necesaria la intervención de la comercializadora de último recurso y de la comercializadora en el mercado libre, función esta asumida primero por IBERDROLA y posteriormente por IBERDROLA GENERACION. Por este motivo entendemos que el periodo durante el que se comente la infracción debe ser imputado globalmente a todas las empresas sin cuyo concurso no hubiera resultado posible su puesta en práctica.

CUARTO.- Cálculo de la multa

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Defensa de la competencia, las infracciones graves podrán sancionarse con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora

Para la definición del alcance de la infracción, es necesario tener en cuenta que se realizaron 339.012 envíos en la segunda semana de agosto de 2009 (segunda remesa de cartas), en la que se comunicaba a los clientes su intención de trasladarles de compañía sin recabar su conformidad expresa. El envío de cartas se prolongo hasta el envío de la cuarta remesa el 18 de marzo de 2010. Es decir que la conducta se lleva a cabo a lo largo de ocho meses.

El resultado esperado de esta conducta es que un determinado número de consumidores que, en ausencia de la conducta analizada, podrían haber optado por ser suministrados por otras empresas competidoras, permaneciesen en el comercializador del mercado libre del Grupo Iberdrola.

Por esta razón, para determinar el volumen de ventas afectado por la infracción no se debe tener en cuenta el número total de clientes a los cuales la práctica fue dirigida, ni el número de clientes que fueron subrogados a IBERDROLA SA. Una parte importante de los clientes que abandonan el mercado regulado por el mercado libre no necesariamente abandonaban el grupo empresarial del que eran ya clientes, sino que siguen suministrados por el mismo grupo empresarial pero a través de la empresa comercializadora del mismo. Por lo tanto, debe ser aminorado el número de clientes para excluir todos aquellos que se hubiesen mantenido en la comercializadora del grupo en cualquier caso. Este criterio para estimar el volumen de ventas afectado fue empleado por el Consejo en su Resolución de 29 de julio de 2011, expediente S/0184/09 GAS NATURAL.

Teniendo en cuenta que la práctica anticompetitiva tuvo por objeto 339.012 consumidores y basándonos en la cuota de fidelización del 73,08% existente en el mercado libre con anterioridad al traslado de clientes podemos estimar en 88.821

el número de clientes que han permanecido como clientes de IBERDROLA S.A. como consecuencia de la práctica identificada.

Para calcular el volumen de ventas imputable a este número de clientes se ha utilizado el consumo medio mes a mes de los puntos de suministro sin derecho a la Tarifa de Último Recurso pero suministrados por Comercializadoras de Último Recurso, publicados en los Boletines de indicadores eléctricos y económicos de la CNE, como aproximación al consumo de los clientes mencionados. Respecto a la estimación de la potencia contratada se ha considerado que, teniendo en cuenta que en todos los casos es superior a 10KW, una media razonable sería 15KW en todos los meses de duración de la infracción, aunque probablemente el dato medio real sea más alto. Aplicando a estos datos las tarifas que se aplicaron a los consumidores que fueron subrogados a IBERDROLA SA, incluidas las bonificaciones, el volumen de ventas que IBERDROLA habría obtenido por la infracción sería 213.700.000 euros. Dado que es una infracción grave, el Consejo considera proporcionado para el cálculo de la sanción un porcentaje del 5%, lo cual significa una sanción de 10.685.000 euros.

De esta sanción deben responder solidariamente las tres imputadas en la medida en que, conforme a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho precedentes de la presente Resolución, para la comisión de la infracción en cuestión ha resultado necesaria la participación de las tres infractoras. En este sentido, IBERDROLA GENERACION es considerada responsable de la infracción ya que, en primer lugar, es beneficiaria de la misma y, en segundo término, su participación es necesaria a partir de determinado momento, y a la vista del papel que asume como comercializadora en el mercado libre, para la consumación de la infracción.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que son responsables IBERDROLA, S.A., IBERDROLA CUR, S.A.U. e IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.

SEGUNDO.- Imponer a IBERDROLA S.A., IBERDROLA CUR S.A.U. e IBERDROLA GENERACION S.A.U. una multa sancionadora por importe de 10.685.000 euros, de la que responderán solidariamente.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las interesadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación