

RESOLUCION (Expte. S/328/11 TGSS)

Consejo

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

En Madrid, a 11 de mayo de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada S/328/11 TGSS, abierto por la Dirección de Investigación (DI) para analizar la posible existencia de un presunto reparto de mercado entre empresas comercializadoras de energía eléctrica, denunciado desde diversas instancias públicas, que pudiera constituir una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 3 de noviembre de 2010 se recibe en la CNC escrito del Secretario de Estado de la Seguridad Social (SESS) al que se adjunta un Informe sobre la situación del suministro eléctrico en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en el que se ponen de manifiesto los problemas experimentados por la TGSS para contratar el suministro de energía eléctrica en el mercado libre por la escasez de ofertas en sus licitaciones.

La TGSS manifiesta que tiene serias dificultades para lograr contratar el suministro eléctrico para sus centros en el mercado libre, pues en los procedimientos convocados o bien no recibe ofertas o bien recibe un número insuficiente. Se observa asimismo que raramente concurren las filiales comercializadoras de grupos verticalmente integrados en zonas distintas de aquéllas en las que se extienden las redes de la distribuidora del grupo.

Dado que la totalidad de los centros de la TGSS tiene una potencia contratada superior a 10 KW, no tienen derecho a TUR y en consecuencia, en tanto no se contrate en el mercado libre su suministro eléctrico, la TGSS se ve fuertemente penalizada por la aplicación de lo previsto en el RD 485/2009. Esta penalización, unida a la falta de ofertas de

competidores, beneficia, a juicio de la TGSS, al grupo verticalmente integrado cuya distribuidora opera en la zona y que se encargaría por defecto del suministro (bajo la modalidad de suministro de último recurso) a cada centro respectivamente, puesto que percibirán un precio superior (la TUR incrementada en un 20%) por el suministro.

La TGSS también subraya que su gasto en suministro eléctrico en el periodo 2002-2009 se ha incrementado un 80,2%. Este crecimiento de los costes refleja tanto el incremento de los precios de los nuevos contratos en el mercado libre como la TUR penalizada.

La TGSS considera que todo lo anterior constituye un indicio de que hay un reparto tácito del mercado, de suerte que los operadores verticalmente integrados no compiten por el suministro eléctrico en los territorios cuya distribución corresponde a otros grupos verticalmente integrados. Como consecuencia de ello, las empresas distribuidoras, colaborando entre ellas, podrían imponer precios y condiciones, manteniendo el “statu quo” sin poner en peligro su cifra de negocio (folios 1-15).

2. Con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos para determinar si puede haber indicios de infracción, la Dirección de Investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediese en su caso (Expte. S/328/11 TGSS).
3. La Dirección de Investigación tuvo conocimiento de que estos mismos hechos fueron trasladados a la Comisión Nacional de Energía (CNE). En consecuencia, con fecha 1 de diciembre de 2010 requirió información a la CNE relativa a 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 22 de julio de 2010 y a si había iniciado actuaciones en relación con el escrito presentado por la TGSS también ante dicha Comisión (folios 28-29). La respuesta de la CNE en relación con el expediente informativo tuvo entrada con fecha 24 de enero de 2011 (folios 30-81). Con fecha 13 de abril de 2011 tuvo entrada en la CNC un nuevo escrito de la CNE relativo a las actuaciones realizadas con motivo del informe remitido por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, dándose traslado a la Dirección de Investigación de la respuesta (folios 214-270).
4. Dada su íntima conexión con los hechos investigados en el expediente de referencia, se incorporaron al mismo la carta de la Secretaría General de la Federación Española de Municipios y Provincias que tuvo entrada en la CNC con fecha 15 de febrero de 2011 (folios 82-84) y el escrito del

Ayuntamiento de Husillos (Palencia) que tuvo entrada en la CNC con fecha 17 de febrero de 2011 (folios 85-86).

En su escrito la FEMP muestra preocupación acerca de las dificultades experimentadas por las entidades locales para contratar el suministro eléctrico en el nuevo contexto regulatorio dada la falta de ofertas de las comercializadoras y las condiciones que las mismas exigen para concurrir a las licitaciones.

El Ayuntamiento de Husillos en su escrito critica el trato dado por las compañías de energía eléctrica a los ayuntamientos. Concretamente se refiere al hecho de que, en aplicación de la Orden ITC/3519/2009 y sin preaviso, su compañía suministradora, IBERDROLA, aplicó la tarifa prevista en dicha orden con la correspondiente penalización por no haber contratado en el mercado libre. Asimismo, el Ayuntamiento afirma que, al tratar de contratar el suministro con la comercializadora de IBERDROLA, el precio ofrecido era superior al que había estado pagando con anterioridad.

5. En el marco de esta información reservada se efectuaron requerimientos de información con fecha 11 de marzo de 2011:
 - Al Director General de la TGSS relativa a los procedimientos llevados a cabo para el suministro eléctrico y las políticas de pago (folios 89-90 vta.). La contestación a este requerimiento tuvo entrada en la CNC con fecha 1 de mayo de 2011 (folios 205-211).
 - A la Asociación de Comercializadoras Independientes de Energía (ACIE) acerca de si sus miembros suministraban energía eléctrica a las Administraciones Públicas (AAPP) y, en caso negativo, sobre las razones para ello (folios 91-95). Con fecha 24 de marzo de 2011 tuvo entrada la contestación de ALPIQ, miembro de ACIE, (folios 174-176). Con fecha 25 de marzo de 2011 tuvo entrada la contestación de GDF SUEZ ENERGÍA ESPAÑA, miembro de ACIE (folios 181-203). Con fecha 28 de marzo de 2011 tuvo entrada la contestación de NEXUS ENERGÍA, miembro de ACIE (folios 204-205). Con fecha 1 de abril de 2011 tuvo entrada la contestación de ENERGYA VM, miembro de ACIE (folios 212-213).
6. Con fecha 24 de marzo de 2011 se incorporó al expediente, a la vista de su íntima conexión con los hechos objeto de investigación en el mismo, la consulta enviada por D. XXX, Vicerrector de Economía e Infraestructuras de la Universidad de Murcia, notificándosele dicha acumulación (folios 136-172).

En el escrito remitido por la Universidad de Murcia se pone en conocimiento de la Dirección de Investigación, en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público, el procedimiento de licitación del suministro de energía eléctrica en alta tensión de la Universidad de Murcia. Este suministro se licitó en procedimiento abierto mediante subasta electrónica. Aunque los pliegos fueron descargados por EON, UNIÓN FENOSA, ENDESA e IBERDROLA, tan sólo IBERDROLA GENERACIÓN SAU, comercializadora del grupo que distribuye en la zona, presentó oferta cumpliendo las prescripciones técnicas del pliego, por lo que le fue adjudicado el suministro.

7. La Dirección de Investigación realiza la siguiente descripción de las partes:

7.1. TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS)

La TGSS es un servicio común de la Seguridad Social, tutelado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, con personalidad jurídica propia, donde por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos económicos y la administración financiera del Sistema de la Seguridad Social española.

7.2. FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEMP)

La FEMP es la Asociación de Entidades Locales de ámbito Estatal con mayor implantación, que agrupa Ayuntamientos, Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares que representan más del 89% de los Gobiernos Locales españoles.

Entre los fines fundacionales y estatutarios de la FEMP se encuentran: el fomento y la defensa de la autonomía de las Entidades Locales; la representación y defensa de los intereses generales de las Entidades Locales ante otras Administraciones Públicas; la prestación, directamente o a través de sociedades o entidades, de toda clase de servicios a las Corporaciones Locales o a los entes dependientes de estas y cualquier otro fin que afecte de forma directa o indirecta a los asociados de la Federación.

7.3. AYUNTAMIENTO DE HUSILLOS

Husillos es un municipio situado en la Provincia de Palencia que cuenta con 228 habitantes.

7.4. UNIVERSIDAD DE MURCIA

La Universidad de Murcia se encuentra situada en la Avda. Teniente Flomesta en Murcia y está formada por varias facultades y escuelas universitarias.

7.5. 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., EGL Energía Iberia, S.L., GdF Suez, S.A., Factor Energía, S.A., Enérgya VM Gestión de Energía, S.L. y ALPIQ.

ELÉCTRICAS VERTICALMENTE INTEGRADAS

La Dirección de Investigación considera que el análisis de la conducta analizada debe realizarse en relación con los siguientes grupos eléctricos verticalmente integrados:

7.6. Grupo Gas Natural Fenosa

GAS NATURAL FENOSA es una compañía multinacional en el sector del gas y la electricidad. La 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).

7.7. 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.

7.8. 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).

7.9. Grupo Hidrocantábrico

Las líneas de negocio del Grupo Hidrocantábrico comprenden todas las actividades propias del sector eléctrico: generación, distribución, comercialización y recientemente también el suministro de último recurso. Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., es la matriz del Grupo Hidrocantábrico, que, a su vez, se integra en el grupo de Energías de Portugal, S.A. (EDP). HC opera en el mercado minorista de energía eléctrica tanto en mercado libre como a TUR a través de HC NATURGAS COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.L.

7.10. E.ON

E.ON ESPAÑA opera en los mercados de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como el suministro de último recurso y a su vez se integra en E.On AG, matriz del Grupo E.On con sede en Düsseldorf (RFA).

La comercialización de energía eléctrica es llevada a cabo tanto en mercado libre como a TUR a través de E.ON COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.L.

- 8.** La Dirección de Investigación realiza la siguiente descripción del marco normativo relevante para entender los hechos que se analizan:

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

(28) 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.

(29) 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 LSE).

a) Distribución

(30) 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 (Artículo 9 LSE). Los precedentes

nacionales y comunitarios (Resolución del Consejo, de 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa (párrafo 263) y 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.

(31) Asimismo, 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.

b) Comercialización

(32) 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.

(33) 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).

(34) Desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, 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, como ya se ha señalado, 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.

c) Suministro de último recurso

(35) El 1 de julio de 2009, las tarifas integrales de energía eléctrica quedaron extinguidas y se estableció la tarifa de último recurso (TUR), como el precio máximo y mínimo que podrán cobrar los comercializadores de último recurso (CUR) a los consumidores que tengan derecho a acogerse a ella (Artículos 1 y 3 del 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).

(36) *Hasta el 1 de julio de 2009, los distribuidores habían sido responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada, coexistiendo su actividad con la de las comercializadoras de electricidad a precio libre. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a TUR como en mercado libre, pasa a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.*

(37) *La puesta en marcha del suministro de último recurso y, en particular, el traspaso de los consumidores desde los distribuidores a los comercializadores se regula 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 (RD 485/2009) y en la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio (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 TUR de energía eléctrica.*

(38) *En el RD 485/2009 se designa a los 5 comercializadores que tendrán la obligación del suministro de último recurso (los denominados CUR). 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."*

(39) *Además de atender las solicitudes de suministro de energía eléctrica de aquellos consumidores que tengan derecho a acogerse a la TUR, los CUR 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 TUR, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad.*

(40) *Las TUR son de aplicación a los consumidores conectados en baja tensión y con potencia contratada menor o igual a 10 kW, que contraten el suministro con un CUR (Artículo 10 de la LSE y Disposición Adicional Undécima del Real Decreto 485/2009). Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el RD 485/2009, los consumidores conectados en alta tensión y los conectados en baja tensión con potencia contratada superior a 10 kW debían contratar su suministro en el mercado libre, con anterioridad al 1 de julio de 2009. En caso contrario, su suministro pasará a ser asumido transitoriamente por el suministrador de último recurso perteneciente al grupo empresarial propietario de las redes de distribución a la que se conecta el consumidor, previéndose que una vez finalizado el periodo transitorio se considerará rescindido el contrato entre el consumidor y el CUR.*

(41) *La duración de este periodo transitorio ha ido prolongándose en sucesivas modificaciones normativas. La Orden ITC/1659/2009 estableció un periodo máximo de seis meses durante el cual los CUR podían suministrar a los consumidores sin derecho a TUR. Este periodo fue*

ampliado por la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre hasta el 31 de diciembre de 2010. Posteriormente, la Orden ITC/3353/2010 prorrogó este plazo hasta el 31 de diciembre de 2011. Estos consumidores sin derecho a TUR transitoriamente suministrados por un CUR de acuerdo con lo dispuesto en el art. 21 de la Orden ITC/1659/2009 y la disposición transitoria segunda de la Orden ITC/3353/2010 han de pagar por su facturación una tarifa penalizada consistente en la TUR incrementada en un 20%.

(42) Este incremento en la facturación a los consumidores sin derecho a TUR transitoriamente suministrados por una CUR no supone sin embargo un ingreso adicional para las CUR pues el mencionado art. 21 de la Orden ITC/1659/2009 dispone que “los ingresos que [...] obtengan los comercializadores de último recurso por encima de los correspondientes a la TUR, sin aplicación de la modalidad de discriminación horaria tendrán consideración de ingresos liquidables”. Es decir, este incremento sobre la facturación no es un ingreso para las CUR, puesto que debe ser abonado junto con los peajes correspondientes, independientemente de su cobro efectivo (esto es, computan como ingresos liquidables los peajes y recargos correspondientes a clientes sin derecho a TUR suministrados por un CUR incluso aunque estos consumidores no hayan pagado sus facturas al CUR) a las empresas distribuidoras para ser posteriormente tenido en cuenta en las Liquidaciones de las Actividades Reguladas de la CNE como ingreso liquidable.

d) Suministros esenciales

(43) El art. 50 de la LES establece en relación con la suspensión del suministro que puede llevarse a cabo en determinadas condiciones para consumidores privados “acogidos a tarifa de último recurso cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el pago, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo.”

(44) En relación con las AAPP acogidas a la TUR, este artículo establece que “transcurridos dos meses desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el pago sin que el mismo se hubiera efectuado, comenzarán a devengarse intereses que serán equivalentes al interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos. Si transcurridos cuatro meses desde el primer requerimiento, el pago no se hubiera hecho efectivo, podrá interrumpirse el suministro.

(45) Este mismo artículo prevé que “En ningún caso podrá suspenderse el suministro de energía eléctrica a aquellas instalaciones cuyos servicios hayan sido declarados como esenciales. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar qué servicios deben ser entendidos como esenciales. No obstante, las empresas distribuidoras o comercializadoras podrán afectar los pagos que perciban de aquellos de sus clientes que tengan suministros vinculados a servicios declarados

como esenciales en situación de morosidad, al abono de las facturas correspondientes a dichos servicios, con independencia de la asignación que el cliente, público o privado, hubiera atribuido a estos pagos.”

(46) De lo anterior se deduce que la regulación da un tratamiento distinto a los consumidores privados, a los que se les puede suspender el suministro en caso de impago durante dos meses, y a las AAPP. Tan sólo cabe suspender el suministro a AAPP cuyos servicios no hayan sido declarados esenciales y tras un periodo de tiempo más dilatado que en el caso de los consumidores privados.

(47) Por tanto, se observa como en caso de retraso en el pago por parte de una Administración Pública cuyos servicios sean declarados esenciales, la comercializadora tiene la obligación de continuar suministrando electricidad”.

9. La Dirección de Investigación realiza la siguiente descripción de la estructura del mercado:

“(48) 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, actualizado a 31 de mayo de 2011), incluyendo las 5 CUR. 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 30 de noviembre de 2011).

(49) 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-Natargas (De acuerdo con el “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad” correspondiente al periodo julio 2009-junio 2010, publicado por la Comisión Nacional de Energía (CNE).

(50) La CNE (Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con el comercializador en el mercado libre”, CNE, 22 de julio de 2010 (páginas 7,8 y 9) afirma que en junio de 2010 existían 205.506 puntos de suministro sin derecho a TUR que aún no habían contratado con un comercializador en el mercado libre y que estaban siendo suministrados a un precio disuasorio, de los cuales un 40% corresponde a consumidores domésticos, un 32% a AAPP y un 25% a pymes, en su mayor parte en baja tensión”.

10. De las actuaciones realizadas la Dirección de Investigación concluye los siguientes hechos:

10.1. De la denuncia de TGSS

“(55) Las Direcciones Provinciales de la TGSS informaron de que, en los contactos previos, las comercializadoras trasladaron diversas limitaciones que habrían de incluirse en las licitaciones de suministro eléctrico “bajo amenaza de no presentar ofertas si no eran tenidas en consideración” y que la TGSS considera incidencias “contrarias al riesgo y ventura que debe presidir la presentación de sus ofertas”. Concretamente señala las siguientes (folios 8 y 9):

- “No aceptaban contratos con una duración superior a un año, ni el establecimiento de prórrogas.*
- No admitían la emisión de facturación diferenciada para cada uno de los órganos comprometidos presupuestariamente en los contratos, cuando se trata de inmuebles compartidos.*
- No aceptaban fácilmente la constitución de garantías, y cuando la aceptaban pretendían repercutirlas en el precio.*
- Obligaron a incrementar significativamente los precios base de licitación bajo amenaza de no presentarse*
- Se mostraron reticentes a aceptar el establecimiento de precios fijos durante la vigencia del contrato.*
- Quisieron imponer la repercusión de las actualizaciones que pudieran producirse por cambios regulatorios que afectasen a los precios ofertados.*
- Solicitaron que se diferenciase, en los términos potencia y energía, la parte que corresponde a la distribuidora, de la que corresponde a la comercializadora.*
- Exigían, por aplicación del art. 6. 2. b) del RD 1435/2002, que los efectos del contrato se supeditase al ciclo de lectura.*
- Pretendían traspasar a la distribuidora gran parte de las responsabilidades por defectos de calidad o problemas del suministro.*
- En las nuevas licitaciones que correspondería efectuar al concluir los contratos anteriormente licitados, las suministradoras exigieron importantes incrementos de tarifas, no bastando su actualización con el IPC.”*

(56) En cuanto a las licitaciones de suministro eléctrico de las Direcciones Provinciales de la TGSS, se llevaron a cabo 20 procedimientos abiertos en total, de los cuales: en 6 no hubo ofertas, en 10 hubo una única oferta (de estos 10 sólo en una ocasión la oferta no corresponde al distribuidor de la zona) y en los 4 restantes hubo dos ofertas (la filial de la distribuidora de la zona y otra).

(57) Del total de los suministros licitados mediante procedimiento abierto que resultaron adjudicados (11), 8 se adjudicaron al distribuidor de la zona. En 1 de las 3 ocasiones en que no se adjudicó a la filial del distribuidor de la zona, la filial del distribuidor desistió por estar en desacuerdo con los pliegos. De estas 3 ocasiones, en 2 resultó adjudicada UNIÓN FENOSA

(58) Asimismo, se realizaron 8 procedimientos negociados, de los cuales: en uno no hubo ofertas; en 3 hubo una única oferta y en los 4 restantes hubo 2 ofertas. En este sentido ha de subrayarse que el art. 162 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece que “En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible”.

(...)

“(60) En relación con estos procedimientos, algunas de las justificaciones que los operadores dieron a la TGSS para no ofertar son las siguientes:

- Requisito de aportar garantías*
- No permitir variaciones en el precio cuando varía la parte correspondiente al precio regulado*
- Duraciones superiores a un año*

(61) Los procedimientos anteriores no incluyen la totalidad de las Direcciones Provinciales de la TGSS, pues muchas de ellas no han procedido a licitar el suministro por las siguientes razones según la propia TGSS (folio 7):

- “Dificultades para confeccionar pliegos por falta de conocimientos del sector eléctrico y del mercado minorista de electricidad.*
- Los constantes cambios tarifarios y de comercializadoras, y la dificultad de establecer unos parámetros de referencia para un horizonte temporal superior a 6 meses.*
- La falta de unos pliegos tipo y de un procedimiento centralizado en la TGSS para la licitación del suministro. No obstante, desde la Secretaría General de la TGSS se ha procedido a la contratación de los servicios de una empresa especializada, la cual se encuentra en la actualidad finalizando el estudio de las características de nuestras instalaciones y suministros, para elaborar unos pliegos que permitan la convocatoria a nivel nacional de una licitación del suministro eléctrico de todas nuestras dependencias.*
- La falta de respuesta de las empresas comercializadoras cuando se les ha solicitado ofertas o información para la licitación del suministro.*

- *La negativa experiencia de otros centros que han llevado a cabo el procedimiento de licitación del suministro.”.*

10.2. Del requerimiento de información de la DI a TGSS

En respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación, la TGSS actualizó y amplió la información aportada en su escrito inicial de 3 de noviembre de 2010.

La Dirección de Investigación ha analizado esta información remitida y, en particular, los datos sobre las licitaciones convocadas por la TGSS (folios 205-211) y resume los resultados agregados de la siguiente manera de acuerdo con la nota complementaria al Informe Propuesta remitida al Consejo el 4 de mayo de 2012.

RESUMEN LICITACIONES TGSS-			
Hasta marzo de 2011			
	Procedimientos abiertos(3) (4)	Procedimientos negociados (1) (2)	Total (5)
CONVOCATORIAS	30	12	42
Sin ofertas	5	0	5
Con 1 oferta	12	4	16
Con 2 ofertas	9	6	15
Con 3 ofertas	0	2	2
Con 4 ofertas	2	0	2
ADJUDICACIONES	19	12	31
A filiales del grupo de distribución de la zona	11	5	16
Ajenas al grupo	8	7	15
Desiertos	9	0	9
(1) En total la TGSS da información de 14 procedimientos negociados, pero aquí solo se consideran aquellos procedimientos negociados de los cuales se conoce el número de ofertas presentadas. (2) En 10 ocasiones sólo se invita a 3 empresas (el mínimo legal). (3) En las Delegaciones en que han existido varias convocatorias se toma la más reciente. (4) La información sobre ofertas se refiere a ofertas presentadas, no únicamente las ofertas válidas. (5) El número total de ofertas y la suma de adjudicaciones y desiertos no coinciden con el número de procedimientos abiertos convocados porque dos de ellos se encontraban pendientes de adjudicar en la fecha en que se remitió la información.			

Fuente: elaboración por la DI a partir de datos facilitados por la TGSS

De la información aportada se deduce también que en el tiempo transcurrido entre el primer escrito de la TGSS y su respuesta al requerimiento el número de suministros licitados aumentó considerablemente, aumentando asimismo el número medio de ofertas recibidas para cada suministro y el número de suministros adjudicados a empresas distintas a la distribuidora de la zona.

También se observa que los desfases entre la fecha en que se recibe la factura y la fecha de pago son moderados (situándose en general por debajo de los 30 días y en muy pocos casos por encima de 60 días).

De acuerdo con la Dirección de Investigación:

(69) En dicho escrito, la TGSS pone nuevamente de relieve determinadas incidencias surgidas en el proceso de contratación del suministro eléctrico.

Por una parte, según la TGSS, determinados operadores justificaron el no presentar ofertas por las siguientes razones:

- no permitir revisar el precio cuando varía la parte del precio correspondiente al precio regulado,*
- introducir precios invariables y prórrogas obligatorias,*
- imponer obligaciones de facturación a sujetos distintos del titular,*
- imponer al comercializador responsabilidades relacionadas con la calidad del suministro propias de la distribuidora.*

(70) Por otra parte, la TGSS señala que ha habido importantes incrementos en el precio del suministro. En este sentido, varias ofertas han sido rechazadas por superar el precio de la licitación”.

10.3. De la información aportada por la CNE

En respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación, la CNE remitió el “Informe sobre la consulta del Secretario de Estado de la Seguridad Social en relación con la situación del suministro eléctrico a las dependencias del sistema de la Seguridad Social” de 24 de marzo de 2011.

En ese informe la CNE califica en primer lugar de *“insuficiente la evolución competitiva de la estructura del mercado eléctrico minorista en los últimos años”*. Ello sería reflejo de *“niveles significativos de fidelización de los consumidores a los incumbentes verticalmente integrados”* y de *“la falta de adaptación de los procedimientos de cambios de suministrador al nuevo marco de liberalización”* (folio 216). En este sentido, el regulador señala que las principales normas de desarrollo de la LSE aún no se han adaptado al marco de la Ley 12/2007.

En cuanto a la problemática específica de las AAPP para contratar el suministro eléctrico, el Informe considera que obedece a dos factores: *“i) la rigidez de los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas derivada de las exigencias normativas impuestas a dichos procedimientos; y ii) la escasez, cuando no ausencia, de ofertas por parte de los comercializadores”* (folio 217).

La problemática de la escasez o ausencia de ofertas por parte de las comercializadoras a las AAPP pone de manifiesto, a juicio de la CNE, *“el escaso interés que, como clientes, presentan para dichas sociedades”* (folio 229). Abundando en la falta de interés comercial de estos clientes y tras recalcar que el incremento del 20% sobre la facturación a TUR no es un ingreso para las CUR, la CNE expone lo siguiente (folios 231,232; subrayado añadido):

“No obstante, si bien el precio de la TUR pudiera resultar ventajoso para el CUR, incluso sin incluir el recargo, en cuanto que el coste de la energía implícito en ese precio pudiera ser superior al coste de la adquisición de energía correspondiente a los consumidores sin derecho a TUR, lo cierto es que determinados grupos verticalmente integrados han facilitado el traspaso de un número significativo de clientes sin derecho a TUR desde el suministro a precio penalizador hasta el suministro a precio libre (por la propia CUR o por la comercializadora afiliada). Este traspaso se ha realizado incluso sin el consentimiento explícito del consumidor, tal y como ha que puesto de manifiesto el informe de la CNE sobre las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador en el mercado libre. Por tanto, sobre la evidencia registrada desde el 1 de julio de 2009, no parece que se pueda atribuir, en general, a los grupos empresariales con CUR un incentivo a mantener los consumidores sin derecho a TUR con un suministro a precio penalizador.”

La CNE concluye que es necesario corregir el tratamiento normativo de los suministros para las AAPP. En consecuencia, señala en su informe que procederá a formular al Ministerio propuestas normativas en el sentido de que el recargo de 20% no se aplique a las AAPP y entidades de derecho público y que no se aplique la fecha final de periodo transitorio actualmente prevista, es decir, el 31 de diciembre de 2011 (folios 217, 218).

La CNE también afirma que “Sobre la base de la información aportada en el escrito de la Secretaría de la Seguridad Social, esta Comisión considera que la problemática mencionada de falta de ofertas en las licitaciones realizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social no constituye, per se, un indicio suficiente de la existencia de una estrategia coordinada de las grandes distribuidoras eléctricas” (folio 218). No obstante, para mejorar la situación, la CNE propone impulsar la mejora de los procesos asociados con el suministro en el mercado libre y la redefinición reglamentaria de los servicios esenciales para evitar que los mismos comporten “una dificultad añadida” al proceso de contratación de las AAPP.

Asimismo, la CNE facilita una propuesta de pliego tipo que se anexa al Informe como “Propuesta de pliego de prescripciones técnicas para la contratación del suministro de energía eléctrica” (folios 243-270).

Por otro lado, y en relación con los precios de las licitaciones, la CNE sin entrar a valorar específicamente las ofertas recibidas por la TGSS afirma lo siguiente (folio 239): “En particular, con respecto a la tarifa media de acceso (componente del precio de adjudicación), se ha incrementado un 56,4% desde 2003, fecha en la que todos los consumidores son elegibles, hasta 2010, motivado por el fuerte incremento de los costes regulados registrado en

los últimos años a pesar de que dichas tarifas de acceso son insuficientes y no cubren todos los costes de acceso, tal y como lo explica el déficit ex ante. Asimismo, la evolución del precio medio final de la energía registrado en el mercado que [sic] se ha incrementado un 14% en el mismo periodo señalado.”

10.4. De las contestaciones de los comercializadores independientes

Dice al respecto la Dirección de Investigación:

(77) De las respuestas de dos de los comercializadores independientes de ACIE se deduce que no consideran que las AAPP sean clientes atractivos desde el punto de vista comercial. [...] manifiesta (folio 184 CONFIDENCIAL) que “[...] no suministra energía eléctrica a las Administraciones Públicas por razones de estrategia comercial. La Sociedad cuenta con una estructura comercial mínima y una cuota de mercado no representativa en el sector de la comercialización de energía eléctrica, habiendo dirigido hasta ahora sus ofertas de energía eléctrica a clientes industriales.”

(78) A su vez, [...] sostiene que:

“1. El procedimiento legalmente previsto para el corte de suministro en caso de impago a una Administración Pública es excesivamente largo ya que requiere un plazo mínimo de 4 meses.

2. Las previsiones legales que regulan la contratación y los pliegos de contratación con la Administración Pública son excesivamente rígidos, ya que las comercializadoras en la mayoría de los casos, se ven obligadas a renovar los contratos manteniendo el mismo precio aplicado al año anterior.

3. Los pliegos de contratación no se han visto adaptados a las modificaciones legales de forma tal que incluyen en los mismos, obligaciones que únicamente pueden asumir las distribuidoras, como por ejemplo la calidad del suministro.

4. Los procedimientos establecidos en las Administraciones Públicas requieren periodos de validez de las ofertas muy elevados. Mantener durante todo el período de oferta el precio establecido implica que las comercializadoras tengan que asumir una prima de riesgo muy elevada dada la volatilidad de los mercados” (folio 174).

(79) Por su parte, [...] se limitan a confirmar que suministran a determinadas AAPP previa licitación (folios 204 bis Confidencial, 212 y 213).

11. Con fecha 2 de diciembre de 2011 la Dirección de Investigación remite a este Consejo de la CNC Propuesta de Archivo de las actuaciones seguidas en el

expediente de referencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC.

La Dirección de Investigación analiza si la escasez de ofertas que se presentan a las licitaciones de suministro eléctrico de diversas AAPP, y más concretamente, el hecho de que las empresas presenten ofertas fundamentalmente en aquellas zonas en las que se extienden las redes de sus distribuidoras es susceptible de constituir un ilícito de los previstos en el art. 1.c) LDC el cual establece que *“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: [...] c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento”*.

La Dirección de Investigación constata que no se dispone de prueba directa de concertación *“más allá de la coincidencia parcial en la escasez o ausencia de ofertas por parte de comercializadoras en el mercado libre y en el hecho de que, cuando hay adjudicaciones, éstas suelen realizarse al comercializador del grupo del distribuidor de la zona”*.

Prosigue su razonamiento la Dirección de Investigación: *“Ante la ausencia de evidencias o pruebas directas, para determinar si la conducta analizada infringe lo dispuesto en el art. 1.c) LDC cabría estudiar si se dan las circunstancias que permitan, aplicando la prueba de presunciones, concluir que ha existido un concierto de voluntades entre los grupos verticalmente integrados para repartirse el mercado de suministros a AAPP atendiendo a las zonas en las que se extienden las redes de cada uno de ellos, respectivamente. Para ello, de acuerdo con la jurisprudencia, los indicios han de estar plenamente probados (no puede tratarse de meras sospechas) y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que los denunciados realizaron la conducta infractora. Por tanto, resulta necesario descartar que existan explicaciones alternativas, en este caso, a la colusión, para esta coincidencia parcial.*

A partir de aquí la Dirección de Investigación analiza si a través de la prueba de presunciones se puede concluir que ha existido concertación. Para ello, analiza diferentes circunstancias que inciden en el hecho de que, como pone de manifiesto la CNE, en la actualidad exista *“un numeroso colectivo de consumidores, entre los que se encuentran las Administraciones Públicas, puntos de suministro con escaso o nulo consumo, y clientes con un alto riesgo comercial, que están teniendo dificultades para obtener ofertas por parte de los comercializadores en mercado libre”* (folio 42). Este análisis tiene en cuenta el estudio realizado por la CNE sobre los problemas que la contratación del suministro eléctrico comporta para las AAPP.

La CNE considera que el origen de esta problemática se sitúa en los siguientes factores:

Problemas formales de la contratación por las AAPP. Las AAPP vienen sujetas a *“rigurosos y formales procedimientos de contratación para la adjudicación de sus suministros”* que les restan flexibilidad y capacidad de negociación frente a las comercializadoras. A ello se une que a menudo resulta complejo para las AAPP elaborar este tipo de pliegos. Precisamente por ello la CNE ha elaborado un listado de recomendaciones para la elaboración de los pliegos entre las que se incluyen las siguientes:

- i. *No responsabilizar a las comercializadoras de funciones que quedan fuera de su ámbito y que son responsabilidad de la distribuidora según la normativa sectorial como la realización de lecturas estimadas, la gestión de los equipos de medida o la calidad del suministro (folio 42).*
- ii. *Las cláusulas de revisión de las condiciones de los contratos deberían tener en cuenta la revisión de los componentes regulados (folio 42).*
- iii. *En el caso de contemplarse prórrogas automáticas (desaconsejadas por la CNE), se deberían incluir actualizaciones basadas en parámetros objetivos como el precio de la energía (folio 42).*
- iv. *Eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantías al tratarse de bienes consumibles cuya entrega y recepción debe efectuarse antes del pago del precio. En este sentido se subraya que la inclusión de estas garantías podría encarecer el resultado del concurso (folio 43).*

Estas cuestiones que la TGSS define como “incidencias” en el proceso de licitación se encuentran a juicio de la CNE plenamente justificadas. En efecto, si el cliente exige determinadas cuestiones a las que el comercializador no viene obligado y le suponen una carga económica es relativamente probable que este no las acepte. En este sentido, la Dirección de Investigación considera que la inclusión en los pliegos de cláusulas cuya valoración negativa ha sido también confirmada por algunos comercializadores independientes consultados en el marco del presente expediente puede explicar la insuficiencia de ofertas por parte de las comercializadoras en algunos procesos de licitación del suministro eléctrico para AAPP.

La Dirección de Investigación recuerda que *“No obstante, las AAPP podrán en el futuro hacer frente a la dificultad que supone la elaboración de este tipo de*

pliegos no solamente siguiendo las pautas del mencionado informe de la CNE sino incluso a través del pliego tipo que ha elaborado el propio regulador, que ha trasladado a la TGSS y que se ha publicado en su página web. Asimismo, en contestación al requerimiento de esta Dirección, la TGSS ha confirmado que desde la Secretaría General de la TGSS se ha procedido a la contratación de los servicios de una empresa especializada, la cual se encuentra en la actualidad finalizando el estudio de las características de sus instalaciones y suministros, para elaborar unos pliegos que permitan la convocatoria a nivel nacional de una licitación del suministro eléctrico de todas sus dependencias”.

En relación a la duración de los contratos, el art. 4 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión establece que *“Con carácter general, los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores tendrán una duración máxima de un año, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración.”* En consecuencia, que los operadores muestren preferencia por contratos de duración de un año es coherente con lo establecido en la normativa sectorial.

Por lo que respecta a los precios del suministro eléctrico en el mercado libre, tal y como ha manifestado la propia CNE, la evolución de los precios al alza, más allá de la evolución de los precios del mercado mayorista de energía eléctrica, obedece al encarecimiento de la parte regulada de la tarifa. En concreto, la parte regulada del coste de la energía eléctrica se ha encarecido un 56,4% entre 2003 y 2010. Este encarecimiento es significativo en tanto que aproximadamente el 50% de la TUR corresponde a la parte regulada. Es destacable que, con carácter previo a la liberalización, la tarifa regulada estaba fijada por debajo del coste de generación de energía eléctrica tal y como ha puesto de manifiesto reiteradamente la CNE. El encarecimiento del precio de la electricidad que han experimentado las AAPP al igual que otros consumidores obedece, al menos parcialmente, a la decisión del legislador de orientar desde 2009 las tarifas a costes para reducir el déficit tarifario existente, lo que ha supuesto un incremento de la parte regulada de la tarifa y un alineamiento de la parte no regulada con los precios resultantes de las subastas CESUR trimestrales.

Finalmente, en cuanto a la facturación señala la Dirección de Investigación que ésta también se encuentra regulada. Concretamente, por el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. (art. 82), el Real Decreto 485/2009 y la Resolución de 14 de mayo de 2009, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el procedimiento de facturación con estimación del consumo de energía eléctrica y su

regularización con lecturas reales. De acuerdo con este marco normativo la facturación habrá de hacerse a partir de lecturas reales efectuadas por los distribuidores en los equipos de medida, estimándose por la comercializadora en aquellos meses en que no disponga de una lectura real, estando también previsto el procedimiento de regularización. Por tanto, la posibilidad de facturar separadamente por usuario vendrá limitada por la existencia de equipos de medida distintos por cada usuario.

Escaso interés comercial que suponen algunos de estos clientes. La Dirección de Investigación constata que la CNE considera que las AAPP tienen poco interés como clientes para las comercializadoras de electricidad entre otros motivos por la regulación de los suministros esenciales y el riesgo de impago o retrasos en los pagos de algunos de ellos. Pero recuerda además que esta conclusión ha sido ratificada en las respuestas de las comercializadoras no integradas verticalmente a los requerimientos que les ha realizado la propia Dirección de Investigación. Considera destacable que estas comercializadoras manifiesten las mismas dificultades para suministrar electricidad a las AAPP que los grupos verticalmente integrados.

En relación con el riesgo de impago, la CNE se pronuncia en los siguientes términos en su Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con el comercializador en el mercado libre (folio 44):

“Esta Comisión ha recibido varias denuncias por parte de Administraciones Públicas y de empresas privadas en relación con la solicitud de garantías por parte de algunos comercializadores como condición imprescindible para la contratación del suministro. Estas situaciones suelen coincidir con clientes de alto riesgo comercial por morosidad.

Para facilitar el acceso a la contratación libre de clientes con deudas pendientes o posibilidad de impago, es importante prever mecanismos que permitan a los comercializadores reflejar este riesgo en sus ofertas comerciales y/o cubrirse del mismo mediante avales. Este planteamiento es coherente con la propuesta de tratamiento de las deudas que se incluye en el documento del Consejo de Reguladores del MIBEL, sobre el procedimiento de cambio de comercializador, de septiembre de 2008.”

La CNE manifiesta en su informe que en ocasiones estos retrasos en el pago guardan relación con suministros considerados esenciales y afirma (folio 219) que *“se debería llevar a cabo, a medio plazo, una redefinición reglamentaria de los “servicios esenciales” adaptando la regulación de los mismos al nuevo marco normativo existente desde julio de 2009 y garantizando la seguridad jurídica para todos los implicados así como la continuidad de estos servicios.*

Marco regulatorio. La Dirección de Investigación recuerda que los CUR no se ven beneficiados desde el punto de vista de sus ingresos por aplicar a sus clientes sin derecho a TUR que no dispongan de contrato en el mercado libre la tarifa penalizada pues la penalización es un ingreso para el sistema pero no para los CUR. Además, tanto los recargos de estos clientes como los peajes computan como ingresos liquidables de los CUR aunque los clientes no hayan pagado sus facturas. La Dirección de Investigación considera que este hecho resta incentivos al grupo verticalmente integrado para mantener en TUR a un cliente y no presentarle ofertas en el mercado libre.

Además, dado que han de suministrar a estos clientes en todo caso por su condición de CUR, es factible que la comercializadora del grupo verticalmente integrado sea la que pueda tener más incentivo a presentarle una oferta.

En todo caso, las empresas comercializadoras no tienen obligación de suministrar a los clientes sin derecho a TUR y, en tanto el suministro eléctrico está liberalizado, las condiciones de contratación se ajustan a lo pactado por las partes (RCNC 12 de julio de 2010, Expte. S/023/10 IBERDROLA SUMINISTRO).

La Dirección de Investigación recuerda que en relación con la escasez de ofertas a la que se enfrentan determinados consumidores sin derecho a TUR, el Consejo de la CNC ya ha tenido ocasión de pronunciarse señalando que es una cuestión que ha de ser resuelta en el marco de la regulación. Concretamente en el Fundamento de Derecho tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 12 de julio de 2010 (Expte. S/0243/10 IBERDROLA SUMINISTRO):

“Sin perjuicio de lo anterior, y como señala la DI, el Consejo observa que la ausencia de ofertas de suministro eléctrico a determinados consumidores, que no tienen derecho al suministro de último recurso, podría situarles en una posición problemática si son incapaces de contratar su suministro en el mercado libre con anterioridad al 31 de diciembre de 2010. La solución a esta situación debería ser resuelta en el marco de la regulación sectorial y, de hecho, la CNE ya ha abierto un expediente informativo en este sentido, con el fin de elevar una propuesta normativa al Ministerio competente.”

La CNE, como regulador sectorial, ha analizado las peculiaridades del suministro de energía eléctrica a AAPP y ha realizado propuestas normativas en este sentido.

En vista de todo ello la Dirección de Investigación concluye:

“(111) De cuanto antecede se deduce que, una vez analizado el contexto económico y regulatorio del mercado de suministro de energía eléctrica, existen explicaciones alternativas a la colusión (o comportamientos anticompetitivos) para la escasez de ofertas a la que

se enfrentan las AAPP. En primer lugar, se ha analizado con respecto a la colusión que no existen pruebas directas de la misma. En segundo lugar, se han analizado factores que explican que sean los grupos verticalmente integrados los que suelen realizar ofertas, ya que, por un lado, existe una alta fidelización en el mercado y por otro lado, dado el diseño regulatorio, suministrarían a estos clientes en todo caso por su condición de CUR. En tercer lugar, al tratarse de un mercado liberalizado, las empresas no tienen obligación de ofertar debiendo las partes pactar libremente las condiciones del suministro tal y como puso de manifiesto el Consejo de la CNC en el mencionado Expte. S/213/10 IBERDROLA SUMINISTRO. Finalmente, las AAPP encuentran dificultades específicas para contratar el suministro eléctrico en el mercado libre derivadas de la rigidez de los procedimientos de contratación y de las deficiencias regulatorias de cuestiones como los regímenes transitorios o los suministros esenciales.

(112) Todo ello sin perjuicio de que otras actuaciones individuales de los operadores energéticos en estos mercados que afectan también a las AAPP puedan ser susceptibles de constituir infracciones de la LDC (Ver, a este respecto, los expedientes S/213/10 IBERDROLA SUR y S/304/10 ENDESA SUR).

(113) A la vista de lo anterior esta Dirección de Investigación considera que no hay indicios de la existencia de una posible infracción del artículo 1 LDC consistente en un acuerdo o reparto del mercado de suministro eléctrico a AAPP entre las compañías verticalmente integradas”.

12. Advertido error en el cuadro del párrafo 68 de la Propuesta de Archivo enviada el 2 de diciembre de 2011, la Dirección de Investigación remitió el 4 de mayo de 2012 el cuadro rectificado con anotaciones adicionales para su mejor comprensión. El mismo ha sido debidamente tenido en cuenta en la información que se ofrece en el Antecedente de Hecho 10.2.
13. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de fallar esta Resolución en su reunión de 9 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. En el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

SEGUNDO.- A la vista de la denuncia presentada y del análisis de los hechos realizado por la Dirección de Investigación, el Consejo no aprecia indicios racionales de infracción de la Ley 15/2007. El Consejo comparte los argumentos por los que la Dirección de Investigación descarta la existencia de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007. No existe prueba directa de colusión entre los cinco grupos eléctricos que cuentan con una comercializadora de último recurso para repartirse a los clientes de naturaleza pública. A la vista de los datos disponibles, tampoco puede concluirse que existan indicios concluyentes de la existencia de ese reparto de mercado y, en todo caso, existe explicación alternativa plausible para los hechos que se ponen de manifiesto en los escritos recibidos en esta CNC por parte de diversas instituciones públicas y de las respuestas de diversos comercializadores independientes al requerimiento de información de la DI., tanto en lo que se refiere a la escasez de ofertas como al hecho de que los clientes tiendan a ser suministrados por la comercializadora del grupo verticalmente integrado que distribuye la energía eléctrica en la zona.

Esta ausencia de indicios de infracción del artículo 1 en el caso que se analiza no impide que el comportamiento individual de algunas comercializadoras eléctricas pueda ser constitutivo de una infracción de la LDC en relación con el paso al mercado libre de determinados clientes, entre otros, las Administraciones Públicas. Tal y como la Dirección de investigación recuerda, este tipo de conductas individuales ha dado lugar a otros expedientes sancionadores (S/213/10 IBERDROLA SUR y S/304/10 ENDESA SUR).

No existiendo, pues, indicios concluyentes de prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Consejo considera ajustada a Derecho la Propuesta de Archivo de las actuaciones realizadas en el marco del expediente S/0328/11.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Con amparo en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas seguidas con el número S/328/11 TGSS, por considerar que no hay indicios de infracción del Artículo 1 de la mencionada Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; a la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS; al Ayuntamiento de HUSILLOS; a la UNIVERSIDAD DE MURCIA; a la ASOCIACIÓN DE COMERCIALIZADORES INDEPENDIENTES DE

ENERGÍA; a ENDESA, S.A.; a EON DISTRIBICION, S.L.; a GAS NATURAL SDG, S.A.; a HC ENERGÍA y a IBERDROLA, S.A., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.