

RESOLUCIÓN

Expte. S/0029/19 CLIDOM ENERGY

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a Maria Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 21 de abril de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0029/19 CLIDOM ENERGY, tramitado ante la denuncia formulada por FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN (**FACUA**) por supuestas prácticas y conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) por parte de CLIDOM ENERGY S.L.

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	3
II.	LAS PARTES	3
1.	Denunciante: FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN (FACUA)	3
2.	Denunciada: HOLALUZ-CLIDOM S.A. (HOLALUZ)	3
III.	MERCADO AFECTADO	4
IV.	MARCO NORMATIVO	5
V.	HECHOS DENUNCIADOS	7
	FUNDAMENTOS DE DERECHO	8
	PRIMERO. - Competencia para resolver	8
	SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor	9
	TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia	9
	HA RESUELTO	11

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de junio de 2019, la Dirección de Energía de la CNMC (**DE**) dio traslado a la Dirección de Competencia de la CNMC (**DC**) de un escrito de denuncia de FACUA por una posible infracción de la normativa de competencia contra CLIDOM ENERGY S.L. (en adelante, **HOLALUZ**, nombre comercial bajo el que opera) consistente en la publicación en su página web de un mensaje comercial dirigido a los consumidores vulnerables con el propósito de ofrecerles las tarifas del mercado libre (folios 1 a 15).
2. Con fecha 4 de septiembre de 2019, la DC dirigió un requerimiento de información a HOLALUZ (folios 16 a 21). HOLALUZ contestó al requerimiento de información con fecha 3 de octubre de 2019 (folios 50 a 61).
3. Con fecha 14 de enero de 2020, la DC propuso la no incoación del procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones seguidas, de acuerdo con el artículo 49.3 de la LDC (folios 63 a 71).
4. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolvió el asunto en su reunión de 21 de abril de 2020.

II. LAS PARTES

1. Denunciante: FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN (FACUA)

FACUA es una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, dedicada desde sus orígenes en 1981 a la defensa de los derechos de los consumidores. Según sus estatutos, aprobados en Asamblea General extraordinaria el 7 de marzo de 2015 y disponibles en su página web, está domiciliada en Sevilla y tiene entre sus fines difundir y defender los derechos de los consumidores y usuarios.

2. Denunciada: HOLALUZ-CLIDOM S.A. (HOLALUZ)

CLIDOM ENERGY, S.L. es una empresa comercializadora de electricidad acreditada para suministrar energía eléctrica a todos los clientes a nivel nacional peninsular. El 18 de octubre de 2019, CLIDOM ENERGY, S.L. acordó transformarse en sociedad anónima, pasando a denominarse HOLALUZ-CLIDOM S.A. (en adelante, por ambos, HOLALUZ).

III. MERCADO AFECTADO

La práctica denunciada tiene lugar en el mercado de suministro minorista de electricidad a clientes domésticos a nivel nacional. En particular, afecta a aquellos clientes domésticos que habiendo estado acogidos al bono social hayan dejado de cumplir con los requisitos para acogerse al mismo.

1. Mercado de producto

Los precedentes nacionales y comunitarios más recientes han optado por diferenciar los mercados de suministro por el tipo de cliente, teniendo en cuenta las diferencias en volúmenes de consumo, patrones de demanda, tipos de contrato, relaciones comerciales, márgenes comerciales, etc. Así, se ha distinguido entre el suministro a grandes clientes o clientes industriales (que se asimila al suministro en alta tensión) y el suministro a clientes residenciales y PYMES (que se asimila al suministro en baja tensión)¹.

La coexistencia del suministro a precio regulado y libre, como opciones alternativas para el consumidor que cumple las condiciones establecidas para la elegibilidad, y el hecho de que el suministro de electricidad a precio libre y a precio regulado sea proporcionado por sociedades comercializadoras que pertenecen al mismo grupo empresarial, ha justificado en muchos de los casos analizados por las autoridades de competencia europeas y españolas la consideración de los mismos como parte de un único mercado relevante de producto².

No obstante, en otros precedentes nacionales³, se ha analizado, debido a las características específicas de la regulación, el suministro a consumidores de baja tensión y potencia contratada inferior o igual a 10 kW. Estas características se identifican con el suministro de electricidad a consumidores que pueden disponer de unas condiciones de suministro y de un precio final de suministro

¹ Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009, expte. [C/0098/08](#) Gas Natural / Unión Fenosa; y decisiones de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 2004, asunto [COMP/M.3440](#), EDP/ENI/GDP; de 14 de marzo de 2006, asunto [COMP/M.3868](#), DONG / Elsam / Emergie E2 y de 13 de junio de 2014, asunto [COMP/M.7228](#) Centrica / Bord Gáis Energy.

² Decisiones de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 2004, asunto [COMP/M.3440](#), EDP / ENI / GDP; de 11 de agosto de 1998, asunto [IV/M.1190](#) Amoco / Repsol / Iberdrola / Eve; de 1 de septiembre de 1994, asunto [IV/M.493](#) Tractebel / Distrigaz; de 8 de junio de 1995, asunto [COMP/M.5979](#) KGHM / Tauron Wytwarzanie / JV. Ver también las resoluciones de la autoridad de competencia española de 5 de enero de 2006, expte. [C-94/05](#) Gas Natural / Endesa; de 6 de mayo de 1999, expte. [C-38/99](#) Endesa / Gas Natural; de 17 de octubre de 2012, expte. [C/0465/12](#) Iberdrola / Navasfrías.

³ Ver la Resolución del Consejo de la CNMC, de 18 de febrero de 2016, expte. [S/DC/0515/14](#) Comercializadoras Electricidad y la Resolución del Consejo de la CNMC, de 11 de octubre de 2018, expte. [S/DC/0630/18](#) AGIC GNSUR.

regulados (Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor —PVPC-), alternativamente a las ofertas de suministro de las comercializadoras en el mercado libre.

Este segmento de mercado afecta, fundamentalmente, a los consumidores residenciales, para los que la electricidad tiene usos de iluminación, calefacción, funcionamiento de electrodomésticos y otros aparatos. Su consumo es inferior al de los consumidores comerciales e industriales y, en general, no dedican elevados recursos a la búsqueda de información y a la comparación de ofertas comerciales para realizar el cambio de suministrador⁴.

Por su parte, dentro de aquellos consumidores que tengan contratado el PVPC, aquellos que cumplan los requisitos establecidos en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica (**Real Decreto 897/2017**) tienen la posibilidad de acogerse al bono social, que supone un descuento sobre la factura del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor⁵.

Según lo anterior, el mercado de producto afectado a los efectos de expediente comprende el suministro minorista de electricidad a clientes domésticos.

2. Mercado geográfico

Tanto a nivel comunitario como nacional se ha considerado que estos mercados tienen una dimensión geográfica nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional⁶.

IV. MARCO NORMATIVO

El PVPC es una tarifa regulada para el contrato de suministro de electricidad establecido por el Gobierno. El PVPC está previsto en los artículos 17 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (**LSE**).

De acuerdo con el artículo 5.3 del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el

⁴ Ver la Resolución del Consejo de la CNMC, de 11 de octubre de 2018, expte. [S/DC/0630/18](#) AGIC GNSUR

⁵ Véase el art. 6 del Real Decreto 897/2017.

⁶ Ver, entre otras, la Resolución del CNC de 11 de febrero de 2009, expte. [C/0098/08](#) Gas Natural/Unión Fenosa o la Decisión Comunitaria [COMP/M.3440](#) ENI/EDP/GDP.

pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación pueden acogerse al PVPC aquellos consumidores con una potencia contratada igual o inferior a 10 kW a través de la comercializadora de referencia.

Por otra parte, el bono social es un descuento en la factura eléctrica para aquellos consumidores considerados como vulnerables. El concepto de consumidor vulnerable se encuentra regulado en el artículo 45 de la LSE. En un primer momento, la disposición transitoria décima de la LSE establecía que hasta que se desarrollara el artículo 45.1 tendrían derecho a beneficiarse del bono social las personas físicas que tuvieran una potencia contratada inferior a 3 kW.

La disposición final segunda del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica previó el desarrollo reglamentario del artículo 45.1 de la LSE en relación con la definición de los consumidores vulnerables.

Por ello, el artículo 3.2.a) del Real Decreto 897/2017 previó como uno de los criterios para poder beneficiarse del bono social, entre otros, el criterio de renta de la unidad familiar. Con ello se ponía fin al régimen transitorio basado en un criterio de potencia contratada.

Asimismo, la disposición transitoria primera del Real Decreto 897/2017 prevé un plazo de seis meses para el cambio de modelo a contar desde la aprobación de la orden ministerial que desarrollara el procedimiento de solicitud. Durante el plazo transitorio, los beneficiarios del bono social podrían solicitar su continuidad conforme a los nuevos requisitos mientras seguían beneficiándose según sus anteriores condiciones.

Aquellos que estuvieran beneficiándose del bono social pero no cumplieran con los nuevos requisitos o no solicitaran su aplicación mantendrían excepcionalmente el bono social durante ese periodo transitorio de seis meses, y dejarían de disfrutarlo a su expiración.

El 9 de octubre de 2017 se publicó la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, que desarrolló el Real Decreto 897/2017 y comenzó a contar el plazo de seis meses, que habría de vencer el 10 de abril de 2018. No obstante, cuatro días antes de que venciera el plazo transitorio, se aprobó la Orden ETU/361/2018, de 6 de abril, que extendió el periodo transitorio hasta el 8 de octubre de 2018.

El Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores (en adelante, Real Decreto-ley 15/2018) modifica la LSE, el Real Decreto 897/2017 y la Orden ETU/943/2017. Establece en su disposición transitoria primera que a los consumidores que fueran beneficiarios del bono social el 7 de octubre de 2017 y

que, cumpliendo los requisitos para percibir el bono social establecidos en el Real Decreto 897/2017 completen su solicitud para renovar el bono social bajo el marco normativo del Real Decreto 897/2017 con posterioridad al 8 de octubre de 2018 y en todo caso antes del 31 de diciembre de 2018, se les aplicará el bono social con efectos desde el 8 de octubre de 2018.

El número de beneficiarios del bono social se ha visto reducido por el cambio al criterio de renta mediante el Real Decreto 897/2017, siendo el total en enero de 2018 de 1.658.916⁷.

V. HECHOS DENUNCIADOS

(1) Según expone la denuncia presentada por FACUA, HOLALUZ habría emitido un mensaje comercial en su web dirigido a los consumidores vulnerables que no pudieran renovar el bono social en el que se aconsejaban tarifas del mercado libre por ser más baratas. Este mensaje tendría un carácter engañoso que podría inducir a consumidores vulnerables a renunciar al PVPC dificultándose la posibilidad de acceder al bono social en el futuro.

(2) Los mensajes publicitarios publicados en la web de HOLALUZ señalaban:

- *“Si pierdes el bono social, sin duda te conviene cambiar de compañía y no estar en el PVPC”*
- *“a partir del próximo mes de octubre de 2018, 1.800.000 personas perderán el bono social y su actual descuento de un 25% en la factura de la luz. Todos aquellos que se beneficiaban de él solo por tener una potencia contratada inferior a 3kW, ¡dejarán de tenerlo! Si pierdes el bono social pasarás a pagar el PVPC como el resto de consumidores que están en el mercado regulado. Esto implica, aproximadamente, una subida directa en tu factura de la luz de un 33%. En ese caso, puedes cambiar al mercado libre y elegir una compañía que te ofrece un precio siempre ajustado (más barato que el PVPC y que te ayuda a ahorrar en tu factura)”*

(3) Los mensajes publicitarios estuvieron publicados en la web de HOLALUZ entre el 16 de febrero de 2018 y el 16 de abril de 2018 (folios 8 a 15). La

⁷ Véanse los datos proporcionados por la Dirección de Energía de la CNMC en la resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 9 de enero de 2020 en el expediente [S/0015/19 BONO SOCIAL](#).

asociación FACUA se dirigió a la empresa para advertir de que esa frase podía ser engañosa y HOLALUZ procedió a retirar el mensaje publicitario.

- (4) Durante los dos meses que estuvo activa la campaña publicitaria en la web se realizaron [8.000-10.000] cambios de compañía en favor de HOLALUZ, de los cuales se activaron finalmente [8.000-10.000] contratos. Únicamente [0-2000] clientes (un [0-5%] del total de cambios de comercializador) provenían de una tarifa con bono social, de los cuales la mayoría, iba a perderlo por la entrada en vigor del Real Decreto 897/2017 (folios 50 a 61).
- (5) En los meses posteriores a la campaña publicitaria, el porcentaje de clientes que provenían de una tarifa con bono social y cambiaron a HOLALUZ se mantuvo durante los siguientes meses de 2018 [**INICIO CONFIDENCIAL**] entre el [0-2]% y el [2-4]% (folios 50 a 61).
- (6) La cuota de mercado de HOLALUZ en el segundo trimestre de 2018 ascendió al 0,7% del mercado libre, frente al 87,6% de cuota que aglutinan los cinco grupos energéticos tradicionales⁸.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

Asimismo, el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que “*La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

⁸ Datos disponibles en el Informe de supervisión de los cambios de comercializador – segundo trimestre 2018 (Expte. [IS/DE/014/18](#))

SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción para acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

Resulta por tanto necesario valorar la ausencia de indicios de la conducta de HOLALUZ, tal y como propone la Dirección de Competencia, o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran apreciarse indicios de infracción del artículo 3 de la LDC, que motiven la incoación del expediente sancionador.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: “1. *Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”.*

En la propuesta de archivo de 14 de enero de 2020, la DC propuso a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

En su denuncia FACUA únicamente hace referencia a que la conducta de HOLALUZ podría ser susceptible de ser calificada como una conducta prohibida por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, sin referirse específicamente a ninguna de las infracciones previstas en la LDC.

A este respecto, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en que los hechos denunciados no presentan indicios de una posible infracción del artículo 1 de la LDC, al no existir en los mismos ningún acuerdo entre empresas, ni como una posible infracción del artículo 2 de la LDC, ante la inexistencia de una posición de dominio contrastada por parte de HOLALUZ.

Por tanto, el análisis de esta Sala debe limitarse a la posible existencia de una infracción del artículo 3 de la LDC, que prohíbe el falseamiento de la competencia por actos desleales.

El artículo 3 de la LDC establece que “*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”.

La prohibición del artículo 3 de la LDC exige la concurrencia de dos requisitos:

- que exista un acto de competencia desleal tipificado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, **LCD**),
- y que dicho acto afecte al interés público al falsear la competencia en el mercado.

En primer lugar, conviene señalar que, de acuerdo con el artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), los Juzgados de lo Mercantil tienen la competencia para conocer de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal. Esta Sala solo está facultada para sancionar una conducta reputada desleal cuando la misma falsee la competencia y afecte al interés público.

En este sentido, el mercado objeto de la denuncia es especialmente sensible y resoluciones de esta Sala han apreciado que la condición de servicio esencial del suministro eléctrico, de gran relevancia para el consumidor, al tratarse de un servicio de primera necesidad, y la posición y características de las empresas denunciadas, son factores relevantes para acreditar la afectación al interés público por falseamiento de la competencia en este sector⁹. Asimismo, las prácticas denunciadas en el presente expediente afectan a consumidores destinatarios del bono social de electricidad, especialmente protegidos por la legislación sectorial.

Sin embargo, esta Sala observa de los hechos recogidos en la presente resolución que la cuota de mercado de HOLALUZ en el segundo trimestre de 2018 ascendió al 0,7% del mercado libre en comparación con el 87,6% de los cinco principales grupos empresariales. Asimismo, la duración de la campaña publicitaria no fue prolongada y se retiró el mensaje publicitario por la propia empresa a solicitud de FACUA. Por último, de acuerdo con los datos proporcionados por la propia empresa, el mensaje publicitario no conllevó

⁹ Ver Resolución del Consejo de la CNMC, de 20 de junio de 2019, en el expediente [S/DC/0552/15](#) AGIC

tampoco un aumento significativo de cambios de comercializador del consumidor objetivo del mensaje publicitario, es decir, aquellos que no entraban en el ámbito de aplicación de las nuevas condiciones del bono social, ni durante ni con posterioridad a la campaña publicitaria.

Esta Sala tampoco comparte la premisa recogida en la denuncia de que los consumidores afectados vean dificultada la posibilidad de acceder al bono social en el futuro, pues no existe ningún impedimento legal para que puedan volver a solicitarlo en el futuro, si cumplen con las condiciones previstas en el artículo 3 del Real Decreto 897/2017.

Por todo ello, esta Sala no considera que la conducta de HOLALUZ tenga la entidad suficiente para falsear el correcto funcionamiento del mercado, afectando al interés público.

En consecuencia, al no concurrir afectación al interés público, no cabe apreciar una infracción del artículo 3 de la LDC, sin necesidad de analizar si la concreta conducta denunciada constituye un acto de competencia desleal o no.

Lo anterior no obsta para que puedan resultar de aplicación las acciones establecidas en el artículo 32 de la LCD, para las cuales están legitimadas, entre otras, las asociaciones de consumidores y usuarios de acuerdo con el artículo 33 de la misma ley.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN contra CLIDOM ENERGY S.L. (actualmente, HOLALUZ-CLIDOM S.A.) al considerar que en este expediente no hay indicios de infracción del artículo 3 de la LDC.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo,

“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”.