

RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0159/09, UNESA Y ASOCIADOS)

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 13 de mayo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0159/09, UNESA Y ASOCIADOS, incoado por la DI de la CNC (DI) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de junio de 2009, la Dirección de Investigación (en adelante, DI) tuvo conocimiento, a través de la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE), de determinadas comunicaciones llevadas a cabo por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. y Endesa Distribución Eléctrica S.L.U. relativas a la suspensión por parte de las mismas, de la gestión telemática de solicitudes de baja tensión y el corte de operaciones.
2. A la vista de dicha información la DI de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) inició, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (B.O.E. del 7), de Defensa de la Competencia (LDC) una información reservada (número de referencia DP 23/09) tendente a determinar con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.
3. En el marco de dicha información reservada, la DI tuvo conocimiento de que comunicaciones similares a las de Iberdrola y Endesa, se realizaron también por Hidrocantábrico Distribución S.A.U., Unión Fenosa Distribución S.A. y E.On Distribución S.L.
4. Con fecha 24 de junio de 2009 la DI decidió, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la referida Ley, incoar expediente sancionador contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., Hidrocantábrico

Distribución S.A.U., Unión Fenosa Distribución S.A. y E.On Distribución S.L. por una posible infracción de los artículos 1 de la LDC y 81 del Tratado de la Comunidad Europea, consistente en un acuerdo que tendría por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado nacional de suministro de electricidad, en particular, al dificultar con su comportamiento la gestión de traspasos de clientes y la captación de los mismos por las comercializadoras independientes en un momento crítico para la competencia.

5. Asimismo, la DI, en virtud de lo dispuesto en los artículos 54 de la LDC y 41 del RDC, propuso al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la adopción de medidas cautelares, acordadas mediante Resolución del Consejo de 1 de julio de 2009 (MC/0003/09).
6. Con fecha 1 de julio de 2009 se realizó una solicitud de información a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (MITyC), en relación con las conductas objeto de incoación del expediente, a la que se recibió respuesta el 16 de julio de 2009.
7. Con fecha 6 de julio de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de la Asociación FACUA-Consumidores en Acción (FACUA) en el que informaba de ciertas irregularidades en relación con los cambios suministrador, a propósito de la entrada en vigor del suministro de último recurso, razón por la que dicho escrito se incorporó al expediente de referencia.
8. Con fechas 13 de julio y 3 de septiembre de 2010 se acordó la admisión de FACUA y Asociación de Comercializadores Independientes de Electricidad (ACIE), respectivamente, en calidad de partes interesadas en el procedimiento, condición solicitada por esta última mediante escrito de 17 de agosto de 2010.
9. Con fecha 2 de noviembre de 2009 el Consejo de la CNC dictó Resolución en el expediente S/0051/08 UNESA en el que consideraba que no se podía declarar la responsabilidad administrativa de UNESA en los términos propuestos por la DI con respecto a ciertos hechos relativos a la interposición de un recurso ante la Audiencia Nacional por el que solicitaba la suspensión cautelar y la anulación de la Disposición Adicional de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre,. Asimismo, el Consejo instaba a la DI a investigar determinados hechos relativos a un entendimiento previo entre las empresas eléctricas asociadas a UNESA, es decir, IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO
10. Con fechas 5 y 6 de noviembre de 2009 la CNC realizó, en el marco de la información reservada DP 040/09, una investigación domiciliaria en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (en adelante, UNESA). Dicha inspección fue objeto de recurso (R/0030/09), inadmitido por el Consejo de la CNC mediante Resolución de 14 de diciembre de 2009.
11. Con fecha 17 de diciembre de 2009 la DI procedió a la devolución de determinada documentación recabada en la mencionada investigación domiciliaria.

12. A la vista de la información recabada en dicha investigación domiciliaria y de conformidad con el artículo 29 del RDC, con fecha 4 de febrero de 2010 se amplió el acuerdo de incoación inicial también a UNESA y su objeto se entendió con respecto a “una estrategia de coordinación en el sector eléctrico tendente, entre otros, a la obstaculización del cambio de suministrador de electricidad”. En el mismo escrito de ampliación se notificó a UNESA la incorporación al expediente de referencia de determinada información obtenida en la inspección realizada en su sede. Con fecha 8 de abril de 2010 se notificó a UNESA una nueva incorporación de información recabada en la investigación domiciliaria mencionada (folio 3091).
13. Con fecha 30 de abril de 2010 se adoptó, por parte de la Directora de Investigación, acuerdo por el que se ampliaba a Iberdrola S.A., Endesa S.A., E.On España S.L., Gas Natural SDG, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico S.A., la incoación del expediente sancionador (folios 3425 y 3426).
14. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 5 de mayo de 2010 se notificó a las partes el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH).
15. Con fecha 6 de mayo de 2010 Iberdrola S.A. presentó recurso contra el acuerdo de la Directora de Investigación por el que se ampliaba la incoación realizada en el expediente de referencia, recurso que fue inadmitido por el Consejo de la CNC con fecha 2 de junio de 2010.
16. Con fechas 20 de mayo y 1 de junio de 2010 se acordó la admisión de Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) y Centrica, respectivamente, en calidad de partes interesadas en el procedimiento.
17. Entre el 1 y el 7 de junio de 2010 tuvieron entrada en la CNC los escritos de alegaciones de las partes al PCH.
18. Con fecha 28 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro de la CNC el informe de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) solicitado por la CNC, de conformidad con el artículo 17.2 letra d) de la LDC, con fecha 6 de mayo de 2010.
19. Con fechas 15, 16 y 20 de julio se presentaron nuevos escritos de alegaciones por parte de Iberdrola S.A, Gas Natural SDG, S.A. y UNESA analizando el contenido del informe de la CNE.
20. Con fecha 19 de julio de 2010 se recibió, en la CNC, escrito de alegaciones por parte de Centrica Energía S.L.U.
21. Con fecha 20 de julio de 2010 se notificó las partes interesadas en el expediente el cierre de la fase de la instrucción.
22. Con fecha 21 de julio de 2010 se hizo efectiva la devolución a UNESA de los dos DVD copiados durante la investigación domiciliaria realizada en la sede de la asociación los días 5 y 6 de noviembre de 2009.
23. Con fecha 21 de julio de 2010 tuvo entrada, en la CNC, nuevo escrito de alegaciones por parte de Endesa, S.A. analizando el contenido del informe emitido por la CNE.
24. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 28 de julio de 2010 la DI procedió a notificar la Propuesta de Resolución.

25. A lo largo del mes de agosto de 2010 se recibieron alegaciones a la Propuesta de Resolución de todas las partes imputadas, algunas de las solicitaron prueba.
26. El 18 de agosto de 2010 ENDESA presenta nuevas alegaciones que tienen como fin aportar la versión pública del informe publicado por la CNE titulado: *Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador en el mercado libre (22/7/2010)*.
27. Con fecha de 20 de octubre de 2010, el Consejo dictó Acuerdo por el que resolvió informar a las partes de que con esa misma fecha se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, y que con igual fecha y en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 24 de noviembre de 2010, y con efectos desde el 22 de noviembre de 2010, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.
28. Mediante Acuerdo de 22 de diciembre de 2010 el Consejo acordó la realización de determinadas pruebas solicitadas por las partes, denegó de manera motivada otras, así como la celebración de vista y suspendió el plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustanciase la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias acordadas. En particular, a petición de parte se han incorporado al expediente diversas documentales, se ha incorporado informe de experto independiente, se ha solicitado informe al MITyC para que se pronuncie sobre determinados aspectos y se ha requerido de oficio para que se incorpore copia del contrato tipo que se menciona en el apartado 11 del PCH.
29. Mediante Acuerdo de 26 de enero de 2011, una vez incorporada al expediente la documentación correspondiente a la práctica de las pruebas y conforme a lo dispuesto en el art. 36.2 RDC, se concedió a los interesados el plazo de 10 días para valoración de las mismas.
30. Expirado el plazo para la presentación de la valoración de prueba, mediante Acuerdo de 15 de febrero de 2011 el Consejo levantó la suspensión del plazo máximo para resolver.
31. El Consejo de la CNC deliberó sobre el asunto en distintas sesiones y falló esta Resolución el 12 de mayo de 2011.
32. Son interesados:
 - Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)
 - Iberdrola, S.A.
 - Endesa, S.A.
 - Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.
 - Unión Fenosa Distribución, S.A.

- E.On España S.L.
- Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE)
- FACUA-Consumidores en Acción
- Céntrica Energía S.L.U.
- Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)

HECHOS PROBADOS

1. LAS PARTES

1.1 GRUPO ENDESA

El Grupo Endesa se define así mismo en su memoria anual como la empresa líder del sector eléctrico español. Su principal negocio es la producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

El 21 de febrero de 2009, Enel llega a un acuerdo con Acciona para la compra de todas las acciones que ésta poseía en Endesa. De esta forma, Enel se convierte en el principal accionista de la Compañía, con un 92,06 por ciento su capital social

La matriz del grupo es Endesa, S.A., que realiza actividades de producción a través de Endesa generación y de comercialización de energía eléctrica a través de Endesa energía.

El negocio de la distribución fue integrado en Endesa Red, que agrupa a dos sociedades: Endesa Distribución Eléctrica, S.L. y Endesa Operaciones y Servicios Comerciales, S.L. la primera asumió las actividades reguladas de transporte y distribución de electricidad, así como la comercialización a tarifa. La segunda desarrolla actividades de apoyo comercial a las compañías energéticas de Endesa.

De acuerdo con sus informes anuales, la red de distribución de Endesa se extiende por 20 provincias de siete Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Extremadura, Canarias, Baleares, Aragón y Castilla y León. Con la desaparición del suministro a tarifa a partir del 1 de abril de 2009 “(...) Para el territorio cubierto por Endesa Distribución, se designó como CUR a Endesa Energía XXI, S.L., que desde el 1 de julio suministra y atiende a 10,1 millones de clientes, de los que 9,9 millones son clientes residenciales”.

1.2 GRUPO E.ON

E.ON España surge en 2008 de la adquisición por parte del grupo E.ON de Viesgo y las centrales de Los Barrios y Tarragona, pertenecientes a Endesa.

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. E.On Distribución S.L. (E.On Distribución) es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, perteneciente a E.On España. E.ON Comercializadora de Último Recurso, S.L. es la empresa que se dedica a la comercialización de último recurso en España.

E.ON España distribuye electricidad en las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias, Castilla y León y Cantabria.

1.3 GRUPO GAS NATURAL FENOSA

El Grupo Unión Fenosa ha venido desarrollando distintas líneas de negocio dentro del mercado eléctrico, tales como la producción, distribución y comercialización. Unión Fenosa Distribución, S.A. es una sociedad mercantil cuyo capital pertenecía al 100% a Unión Fenosa S.A. y cuyo objeto social exclusivo es el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica. El suministro de electricidad a clientes finales lo realizaba Unión Fenosa Comercial, S.L., filial al 100% de Unión Fenosa S.A.

Unión Fenosa tenía presencia como distribuidora de electricidad en Andalucía (Córdoba y Jaén), Castilla-La Mancha (las cinco provincias), Castilla y León (León, Segovia, Soria, Valladolid y Zamora), Extremadura (Badajoz), Galicia (las cuatro provincias) y Madrid, si bien su presencia en Córdoba, Badajoz, Soria y Zamora es muy reducida.

Con fecha 3 de septiembre de 2008 tuvo entrada en la DI de la Comisión Nacional de Competencia notificación relativa a la adquisición por parte de Gas natural SDG, S.A. del control exclusivo de Unión Fenosa, S.A. (Expte C/0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA), operación cuya aprobación fue subordinada a compromisos mediante Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009.

Con fecha 4 de septiembre de 2009 se inscribió en el Registro Mercantil la escritura pública de fusión por absorción de las sociedades Unión Fenosa S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A., que las ha sucedido en sus derechos y obligaciones.

La Resolución de 20 de mayo de 2009, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se autoriza la unificación de la comercialización de último recurso de gas natural y de electricidad del grupo Gas Natural SDG, S.A. en la empresa Gas Natural S.U.R., S.A. establece que “A partir del día 1 de octubre de 2009 la empresa Gas Natural S.U.R., SDG, S.A., adquiere la condición de suministrador de último recurso de electricidad que hasta esa fecha ostentaba Unión Fenosa Metra, S.L., y asumirá los derechos y obligaciones establecidos en la normativa vigente para los suministradores de último recurso de electricidad.”

1.4 GRUPO HIDROCANTÁBRICO

Grupo Hidrocantábrico está formado por un grupo de sociedades destinadas principalmente a la producción, al transporte y distribución y a la comercialización de la energía eléctrica. Desde el año 2006 la composición accionarial ha permanecido constante, siendo el Grupo EDP el accionista mayoritario con una participación del 96,6%; el resto pertenece a Cajastur 3,13%) y autocartera.

Tradicionalmente ha operado redes de distribución de electricidad en Asturias, que posteriormente ha extendido a nuevas zonas en expansión en las provincias de Madrid, Alicante y Valencia y ha adquirido algunas empresas distribuidoras de tamaño menor.

Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. desarrolla la actividad no regulada de producción o generación de energía eléctrica y es la matriz del grupo. Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. (Hidrocantábrico Distribución) es una sociedad dedicada a las actividades

reguladas de distribución y transporte de energía eléctrica. Por su parte, Hidrocantábrico Energía, S.A.U. tiene por objeto la actividad no regulada de comercialización y suministro mediante contratos no sujetos a tarifa. De ella depende Hidrocantábrico Energía Último Recurso S.A.U. (HCUR).

1.5 GRUPO IBERDROLA

Iberdrola, S.A. es la cabecera de un grupo de sociedades que desarrollan actividades fundamentalmente en los sectores eléctrico y gasista, tanto en España como en otros países. El Grupo Iberdrola desarrolla distintas líneas de negocio dentro del mercado eléctrico, tales como producción, distribución, y comercialización así como. Iberdrola Distribución Eléctrica S.A. es la sociedad del grupo dedicada a la distribución de energía eléctrica. Por su parte, Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U. opera desde 2009 en el suministro de último recurso.

Iberdrola distribuye electricidad en 25 provincias de 10 Comunidades Autónomas diferentes. Fundamentalmente en la Comunidad Autónoma de Valencia, Murcia, Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, País Vasco, La Rioja y Navarra.

1.6 La Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)

La Asociación Española de la Industria Eléctrica es una organización profesional de carácter sectorial, para la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses de las empresas eléctricas asociadas, concretamente, Iberdrola, Endesa, Unión Fenosa (ahora Gas Natural Fenosa), Hidroeléctrica del Cantábrico y E.On, por lo que engloba a los cinco grandes grupos energéticos que tradicionalmente han estado presentes en todos los mercados que integran el sector eléctrico en España.

La Asociación se constituyó al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977. Se rige por sus Estatutos y por el Reglamento de funcionamiento que, en su caso, haya aprobado la Asamblea General.

Según se describe en su página web, la Asociación lleva a cabo las siguientes funciones específicas:

- La representación institucional del Sector Eléctrico, defendiendo los intereses de las Empresas asociadas ante la Administración en todos sus niveles, así como en foros europeos e internacionales. En particular, UNESA representa a sus cinco miembros en el Consejo Consultivo de la electricidad, órgano de asesoramiento de la CNE.
- El seguimiento o la participación en la elaboración de propuestas normativas.
- El ejercicio de todo tipo de acciones legales y judiciales en representación de los intereses de sus miembros.
- La elaboración de estudios e informes de oficio, o a petición de sus asociados, sobre cualquier materia relacionada con sus fines.
- La elaboración, mantenimiento y difusión de las estadísticas de naturaleza sectorial sobre todas las vertientes de la actividad eléctrica.

- La difusión entre los miembros de UNESA, de la información y documentación que se juzgue pertinente sobre los aspectos de interés relacionados con sus fines.
- El desarrollo de las iniciativas de comunicación de naturaleza sectorial para fomentar el diálogo del Sector Eléctrico con los diferentes colectivos sociales y promover la imagen del sector en los medios de comunicación social nacionales y extranjeros.

Los órganos de gobierno de UNESA son la Asamblea General, la Junta Directiva, el Presidente y, en su caso, el Vicepresidente. La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno, de cuya gestión se responsabiliza la Junta Directiva. En la Junta Directiva están representadas las empresas a alto nivel a través del personal directivo de las empresas matrices del grupo.

La organización interna de la Asociación está encabezada por el Comité de Dirección, a cuyo frente se encuentra el Presidente de la Asociación. Para el desarrollo de sus actividades asociativas, UNESA se organiza en torno a distintos comités intersectoriales según las distintas áreas especializadas de trabajo (Comité de Regulación, Comité Económico, Comité Jurídico, Comité de Recursos, Comité de Comunicación ...folio 2852) en los que también intervienen las representantes de las empresas. A su vez se crean grupos de trabajo para tratar cuestiones más específicas (por ejemplo, Grupo de Trabajo de Intercambio de Información, Grupo de Trabajo de Distribución). La coordinación de los Comités y Grupos de Trabajo corresponde al Comité de Directores, conformado por representantes de todas las empresas asociadas. En los Comités se adoptan iniciativas, se toma postura sobre los temas que les competen, se consensua la interpretación de normas o se acuerda el texto de documentos. Las cuestiones de cierta entidad se elevan a Comité de Directores y, a su vez, puede someterse la cuestión a Junta Directiva.

De la información que obra en el expediente se deduce que el grado de autonomía de UNESA es relativamente bajo. Hay abundante evidencia de que UNESA elabora documentos a instancia de sus miembros, que somete los borradores a la consideración de todos ellos y se consensuan las posturas antes de su remisión. Asimismo, la contratación de servicios jurídicos o técnicos externos requiere también de la aprobación de sus asociados. En definitiva, al menos en lo que se refiere a aspectos relativos a la distribución y la comercialización, las iniciativas que adopta UNESA vienen promovidas y consensuadas por los cinco grupos energéticos que la componen.

1.7 La Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE)

La Asociación de Comercializadores Independientes de Energía 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). Esta asociación agrupa por tanto, a empresas dedicadas al suministro de energía eléctrica sin estar integradas verticalmente.

Las empresas asociadas a ACIE son Nexus Energía S.A., Céntrica Energía S.L.U., Gas Natural Servicios, SDG, S.A., Electrabel España S.A., Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg España S.L., Gas Natural Comercializadora S.A., Factor Energía S.A., Céntrica Energía Generación S.L.U., Hispaelec Energía S.A. y Atel Energía S.A.

1.8 FACUA-Consumidores en Acción

FACUA-Consumidores en Acción es una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, dedicada desde sus orígenes, en 1981, a la defensa de los derechos de los consumidores.

1.9 Asociación de Empresas con Gran Consumo de Energía (AEGE)

ACIE es una asociación creada en 1981 por 40 grupos industriales con gran consumo de energía (Cemento, química, metales, siderurgia, gases industriales, papel). Tiene como principal objeto representar sus intereses en temas energéticos.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. El proceso de liberalización establecido por la Ley 54/1997

El 28 de noviembre de 1997 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la cual configura un sistema eléctrico que funciona bajo los principios de objetividad, transparencia, libre competencia e iniciativa empresarial, en concordancia con la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

A grandes rasgos, las bases del nuevo marco jurídico en lo que se refiere a la distribución y la comercialización son las siguientes:

- El transporte y la distribución se desarrollan en régimen de monopolio sometido a ciertos límites. Primordialmente, se establece que la propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo y se sientan las bases para generalizar y garantizar el acceso de terceros a las redes regulando las condiciones de acceso y la retribución de las actividades de transporte y distribución.
- Se adopta como principio la libertad de contratación y de elección del suministrador. La liberalización del segmento minorista supone el desarrollo de la actividad de comercialización como diferenciada de la de distribución. La Ley 54/1997 estableció un calendario para la apertura del mercado minorista (Disposición Transitoria Decimotercera), con previsión de elegibilidad total para el año 2007. No obstante, el Gobierno fue adelantando progresivamente estos hitos. En concreto, el artículo 19.1 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios adelantó el calendario de liberalización y estableció que, a partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores de energía eléctrica tendrían la consideración de consumidores cualificados y podrían, por tanto, contratar la adquisición de energía eléctrica en el mercado libre con cualquiera de las empresas comercializadoras que libremente eligieran.
- En concordancia con lo anterior, se establece la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas y, en particular, entre la distribución y la comercialización (artículo 14 de la Ley 54/1997). Las sociedades que lleven a cabo la actividad de distribución (o cualquier otra actividad regulada) deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores sometida a tarifa reconocida a los distribuidores.

Este proceso de liberalización en el ámbito de la comercialización se vio apoyado en diversas normas de desarrollo. Entre otras:

- 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. El artículo 70 de este Real Decreto define esta actividad como la desarrollada por las empresas comercializadoras debidamente autorizadas que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la condición de cualificados y a otros sujetos cualificados según la normativa vigente. Este Decreto establece con detalle los derechos y obligaciones de los sujetos comercializadores y clientes cualificados, así como el proceso y los requisitos necesarios para ejercer la actividad de comercialización.
- El 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 de baja tensión. Esta norma recoge una serie de medidas encaminadas a garantizar la efectiva liberalización del suministro eléctrico, puesto que a partir del 1 de enero de 2003 todos los consumidores podrán elegir suministrador.

En su artículo 79 establece que la contratación del suministro a tarifa y del acceso a las redes se formalizará mediante un contrato y que el Ministerio competente elaborará contratos tipo de suministro y de acceso a las redes.

Entre otros aspectos, el RD 1435/2002 regula el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). En su artículo 7, apartado primero establece que las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada, en la que consten como mínimo una serie de datos que señala. Añade que las empresas distribuidoras deberán dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica. En su apartado 3 prevé que los comercializadores podrán acceder a una serie de datos del SIPS, en la forma y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Desde el inicio de la liberalización se ha considerado que el SIPS es un activo crucial en el éxito de la liberalización real del suministro puesto que la capacidad de las empresas comercializadoras de competir eficientemente en el mercado de suministro minorista depende del acceso a esta información relativa a los clientes. La facilidad de acceso a esta información influye en gran medida en los costes de entrada al mercado de los comercializadores. De aquí que el acceso al SIPS haya sido tratado por la regulación, que además ha sido objeto de varias reformas en un intento de hacer este acceso más efectivo para los terceros entrantes.

En concreto, el artículo 7 fue modificado por el artículo 4 del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico. Este Real Decreto es producto de las medidas de impulso de la productividad recogidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que dentro de sus mandatos incluía la modificación del Real Decreto 1435/2002 con el objetivo de “...evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre” y

concretamente contempla, entre otras medidas, “*mayor información a difundir por las empresas distribuidoras*”.

Con este objetivo, en su artículo 4.5 se recoge la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002. Concretamente, se incrementan los datos a los que tiene acceso el comercializador, se elimina la necesidad de un desarrollo reglamentario posterior, así como toda mención al establecimiento de requisitos de acceso, y se habilita en el apartado 2 del artículo 7 el derecho de oposición de los particulares a la cesión de sus datos, quedando su redacción como sigue:

“1. Las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada, en la que consten al menos los siguientes datos:

- a) Código Universal de Punto de Suministro.*
- b) Empresa distribuidora.*
- c) Ubicación del punto de suministro.*
- d) Población del punto de suministro.*
- e) Provincia del punto de suministro.*
- f) Fecha de alta del suministro.*
- g) Tarifa en vigor de suministro o de acceso.*
- h) Tensión de suministro.*
- i) Potencia máxima autorizada por boletín de instalador autorizado.*
- j) Potencia máxima autorizada por acta de autorización de puesta en marcha.*
- k) Tipo de punto de medida.*
- l) Disponibilidad de Interruptor de Control de Potencia.*
- m) Tipo de perfil de consumo.*
- n) Derechos de extensión reconocidos.*
- ñ) Derecho de accesos reconocidos.*
- o) Propiedad del equipo de medida.*
- p) Propiedad de Interruptor de Control de Potencia.*
- q) Potencias contratadas en cada período.*
- r) Fecha del último movimiento de contratación a efectos tarifarios.*
- s) Fecha del último cambio de comercializador.*
- t) Fecha límite de los derechos reconocidos de extensión.*
- u) Consumo de los dos últimos años naturales (por períodos de discriminación horaria y meses).*

v) *Fecha de la última lectura.*

Las empresas distribuidoras deberán dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica.

2. Los consumidores tendrán derecho de acceso a sus datos contenidos en este registro de forma gratuita. Igualmente los comercializadores podrán acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.

3. Los distribuidores de más de 10.000 clientes deberán disponer de sistemas de acceso telemáticos a las bases de datos a las que se refiere el presente artículo antes de transcurridos tres meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto.”

El Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre también regula los procedimientos de cambio de suministrador. El artículo 4, relativo a la duración de los contratos y cambios de modalidad de contratación, prevé en su apartado tercero la posibilidad de pasar de tarifa de suministro a tarifa de acceso, es decir, el paso de mercado regulado a mercado libre. El artículo 6, en sus apartados segundo y tercero, establece los plazos que deben observarse en los supuestos de paso de tarifa de suministro a tarifa de acceso y de cambio de comercializador. El artículo 8 del mismo Real Decreto se refiere a las condiciones, plazos, medios y sistemas de comunicación de las solicitudes de modificación de la forma de contratación. En particular establece que los distribuidores deberán contestar a las solicitudes de modificación de la forma de contratación en un plazo de cinco días hábiles, comunicando si procede acceder a dichas solicitudes (de paso a mercado libre, de cambio de suministrador...) o si existen objeciones que impidan su realización.

De acuerdo con esta regulación, la CNE ha estandarizado y predeterminado en un documento denominado “*Flujogramas de procesos. Procesos y Ficheros de Intercambio de Información*” los formatos y ficheros de en los que deben desarrollarse las comunicaciones entre la comercializadora y la distribuidora, comunicaciones entre las que se incluye el cambio de suministrador (folios 3212-3273).

Así, las comunicaciones relacionadas con el suministro a clientes finales en baja tensión pueden corresponder a diversos motivos o “procesos”, cada uno de los cuales se distingue con un código alfanumérico predeterminado que emplean todas las empresas. En definitiva, la norma ha establecido los plazos, condiciones y medios que se deben observar en estos procesos de cambio y adicionalmente se ha producido una estandarización de dichos procesos supervisada por la propia CNE.

2.2. El nuevo impulso liberalizador de la Ley 17/2007

Con arreglo a lo dicho anteriormente, desde el 1 de enero de 2003 han coexistido, tal y como recoge el artículo 79.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, dos sistemas de suministro de electricidad ya que, desde el punto de vista de la demanda, los

consumidores podían escoger entre el suministro a una tarifa regulada con la empresa distribuidora o el suministro mediante un contrato en mercado libre con una empresa comercializadora. En el primer caso, se trataba de un precio fijado por el Gobierno, mientras que en el segundo, se trataba de un precio libremente acordado entre consumidor y empresa de comercialización. Este precio no debía superar la tarifa de referencia ya que, en caso contrario, el consumidor optaría por permanecer o volver, en su caso, al segmento regulado del mercado.

Por otra parte, la actividad de distribución de electricidad ha tenido como objeto principal, de acuerdo con el artículo 36 del Real Decreto 1955/2000, tanto la transmisión de la energía desde la red de transporte al punto de consumo como el suministro a tarifa. Mientras que la primera constituye la actividad de distribución propiamente dicha, con carácter de monopolio natural, la segunda ha seguido en manos de los distribuidores en tanto en cuanto no se ha producido la salida de los clientes al mercado.

El reconocimiento formal del derecho a elegir libremente al suministrador de electricidad no ha sido suficiente para lograr la liberalización material y efectiva del suministro. Es un hecho que con posterioridad a 2003 la participación en el mercado liberalizado creció a un ritmo moderado y la mayor parte de los clientes, especialmente en Baja Tensión, siguió suministrándose a tarifa de los distribuidores. Menos de la mitad de la energía suministrada a grandes cliente se comercializaba en el mercado libre y sólo un 7% de la energía del segmento doméstico se encontraba en el mercado liberalizado, según datos del Informe de la CNE de supervisión del mercado minorista. Como cita este órgano en el informe remitido a la CNC en el marco del presente expediente:

“En el período analizado apenas se registran avances en los sub-mercados minoristas de consumidores doméstico-comerciales, donde la entrada de nuevos competidores es prácticamente ausente y las empresas establecidas mantienen cuotas elevadas. Esta situación es especialmente grave en el sector eléctrico, y responde sólo en parte a dificultades coyunturales asociadas a la puesta en marcha de los recientes procesos de cambio de suministrador. La estructura de la oferta en estos sub-mercados sigue caracterizándose por niveles significativos de fidelización de los consumidores a los incumbentes verticalmente integrados que cuentan, por razones históricas, con más y mejor acceso a información y activos físicos y con menores costes de captación de clientes, debido a su presencia capilar asentada en amplias zonas territoriales”.

La Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, estableció nuevas normas comunes para completar el Mercado Interior de la electricidad y derogó la Directiva 96/92/CE, introduciendo modificaciones significativas.

La Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modificó la Ley 54/1997, de 27 de noviembre incorpora al ordenamiento español aquellas previsiones contenidas en la Directiva 2003/54/CE que requieren una modificación de la Ley del Sector Eléctrico.

Esta reforma de la Ley 54/1997 ha supuesto una modificación sustancial del marco normativo existente que pretende profundizar en la separación entre las actividades reguladas y las actividades liberalizadas que exige la citada Directiva y asegurar el suministro de electricidad a los clientes en condiciones de mercado.

Con objeto de asegurar, entre otros, un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se reforma la configuración de la actividad de distribución. Para ello, la Ley prevé que la actividad de suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución el 1 de enero de 2009. Desde esa fecha, el suministro pasaría a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, y los consumidores de electricidad tendrían que elegir libremente a su suministrador.

No obstante, se adopta un enfoque progresivo a fin de que las empresas puedan adaptarse y garantizar que se establezcan las medidas y regímenes adecuados para proteger los intereses de los consumidores y asegurar que éstos tengan un derecho real y efectivo de elección de su suministrador. Así, la Ley prevé que se mantenga el suministro a tarifa hasta el 1 de enero de 2009 y es a partir de esta fecha cuando se crean la Tarifa de Último Recurso (TUR), que son precios máximos establecidos por la Administración para determinados consumidores, para quienes se concibe el suministro eléctrico como servicio universal, tal como contempla la Directiva. Según la Ley, esta actividad (suministro de último recurso, en adelante SUR) se realizará por las empresas comercializadoras a las que se imponga tal obligación, quienes deberán llevar a cabo la actividad con separación de cuentas, diferenciada de la actividad de suministro libre.

La Disposición Adicional Vigésimo Cuarta establece lo siguiente sobre el SUR.

“A partir del 1 de enero de 2009, queda suprimido el sistema tarifario integral, estableciéndose las tarifas de último recurso.

A partir del 1 de enero de 2010, sólo podrán permanecer acogidos a tarifa de último recurso aquellos consumidores con suministros en baja tensión.

A partir del año 2011 podrán acogerse a tarifas de último recurso los consumidores de energía eléctrica cuya potencia contratada sea inferior a 50 kW.

Se autoriza al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a modificar el límite de potencia establecido en el párrafo anterior si así lo recomiendan las condiciones del mercado en relación con los consumidores de baja tensión.

Asimismo el Gobierno podrá determinar los precios que deberán pagar aquellos consumidores que transitoriamente no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador.

Se habilita al Gobierno a adelantar los plazos establecidos en la presente disposición adicional”.

Como complemento al objetivo que persigue la Directiva del acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se prevé la creación de la Oficina de Cambios de Suministrador (OCS), una sociedad independiente responsable de la supervisión y, en su caso, gestión centralizada de las comunicaciones y registro formal de los cambios de suministrador de energía eléctrica. La citada OCS tendrá acceso a las bases de datos de puntos de suministro de las empresas para el ejercicio de sus funciones.

Esta reforma legal pretendía modificar de forma sustancial el contenido de la actividad de distribución para limitarlo a la transmisión de la electricidad desde la red de transporte, gestionada por Red Eléctrica Española, a los puntos de suministro, independientemente de la modalidad de comercialización en mercado libre (tarifa de último recurso –TUR- o

precio negociado) a la que se haya acogido el consumidor final, a la gestión de las redes de distribución y a la gestión del sistema de información de puntos de suministro (SIPS).

En la medida en que el SUR se realiza por parte de determinadas comercializadoras -las comercializadoras de último recurso (CUR)- a un precio máximo que se fija por la Administración -la TUR- se produce de nuevo la coexistencia, para un determinado segmento de consumidores en baja tensión, de dos regímenes de suministro: el suministro a una tarifa máxima regulada y el suministro a un precio libremente acordado entre las partes, si bien ambos regímenes forman parte ya del mercado liberalizado.

Aunque la Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (se publicó el 5 de julio de 2007), quedaban por definir importantes aspectos en su desarrollo reglamentario, tales como los clientes que podían acogerse a la TUR, la identificación de quiénes operaban como CUR, la determinación de la TUR y el modo en que se llevaría a cabo el traspaso de los clientes al SUR.

2.3. Desarrollo del SUR

2.3.1. Elaboración de los proyectos

Las empresas hicieron seguimiento y presentaron observaciones al Anteproyecto de Ley de Trasposición de la Directiva. Consta en el acta de la reunión del Comité de Directores de 17 de mayo de 2006 que las cinco empresas eléctricas eran contrarias a que el SUR lo ofrecieran las comercializadoras (folio 2622-2624).

No obstante, una vez publicada la Ley 17/2007, de 4 de julio, quedó legalmente refrendado que el SUR lo prestarían comercializadores. Las cinco empresas eléctricas incluyeron el desarrollo del SUR en su agenda de trabajo. En el documento Asuntos de Interés Sectorial de julio de 2007 elaborado para el Comité de Directores se dice lo siguiente:

“1. RD 871/2007, de 29 de junio, de revisión de la tarifa eléctrica de 1 de julio

(...)

– Por otra parte, en este R.D. se establece:

– Antes del 31/12/2007 se implementará un procedimiento para el cambio de cliente de gas a tarifa al Suministrador de último Recurso. SEDIGAS ya ha presentado al Ministerio una propuesta para el gas, por lo que se hace urgente que el sector eléctrico plantee una propuesta.

Para estos asuntos, garantía de potencia y metodología de tarifa y procedimiento de cambio de suministrador, UNESA debería disponer de sendas metodologías consensuadas”.

Las empresas eléctricas en el seno de UNESA trabajaron para consensuar una propuesta de modelo de desarrollo del SUR (1041, 1097 y ss, 1252-1253, 1256, 1258-1260, 2001-2003, 2100) que tuvo reflejo en un documento en el que se recogen lo que a juicio de los miembros de UNESA deben ser los elementos esenciales del modelo en el marco de la consulta pública realizada por la CNE sobre este tema y del que ya en febrero de 2008 se dispone de borradores:

“La propuesta que a continuación se desarrolla se basa en los siguientes principios esenciales:

- El suministro de último recurso es una actividad sin riesgo.*
- La tarifa de último recurso debe cumplir con los principios de suficiencia y aditividad.*
- El conjunto de suministros con posibilidad de acogerse a este suministro de último recurso debe ser el menor posible y, en ningún caso, debe poder aplicarse a suministros con potencia contratada superior a 10kW.*
- El suministrador de último recurso debe ser el comercializador perteneciente al grupo empresarial de la empresa distribuidora a la que está conectado el suministro.*

Esta propuesta debe contemplarse como un modelo cerrado y, por tanto, no susceptible de ser adoptado parcialmente. De no ser así, el modelo debería ser nuevamente analizado”.

La designación de los CUR fue un tema reiteradamente tratado (1252, 1256, 1259). Algún operador manifestó que era arriesgado defender en público la propuesta de que se designase como CUR al comercializador perteneciente al grupo empresarial de la empresa distribuidora a la que está conectado el suministro (folio 1137). Pero esta posición fue no obstante la comúnmente adoptada por las cinco eléctricas y defendida en los documentos de UNESA.

Constan en el expediente correos intercambiados en septiembre de 2008 (folios 1657-1659) entre los miembros del Comité de Dirección que ponen de manifiesto que el Comité de Regulación había elaborado un documento para remitir al Ministerio sobre cómo regular el SUR, al que las empresas hicieron comentarios. En estos correos se vuelven a plantear por parte de una empresa dudas sobre la conveniencia de ser muy proactivos respecto a que se designe SUR a la comercializadora del grupo de la distribuidora. A lo que se responde por otra *“Quien debe ser la empresa encargada del último recurso es un asunto que yo daba por cerrado una vez que nuestros consejeros delegados decidieron en su última reunión que lo más práctico era que fuera una comercializadora del grupo empresarial de la distribuidora, por tanto, reabrir de nuevo este tema nos impedirá con toda seguridad alcanzar ningún acuerdo con los consiguientes perjuicios para todos”.* (...) *En definitiva, creo que es mejor mantener al comercializador del distribuidor conforme a la opinión de nuestros consejeros-delegados y centrarnos fundamentalmente en: a) que el universo de clientes que puedan acogerse a la TUR sea mínimo (en la propuesta van los de menos de 10 kW que no está mal) (...); b) que la comercializadora que ejerza el último recurso no tengan ningún tipo de riesgos o estén minimizados; c) enviar lo más urgentemente la propuesta sectorial”.*

Esta urgencia se debe a que en tales fechas las empresas decían no conocer el sentido de la propuesta normativa de la administración para orquestar el traspaso de clientes al SUR. En el memorándum del Comité de Directores de 10 de septiembre de 2008 se dice:

“1.- Asuntos pendientes

En estos momentos, el tema más significativo es el Suministro de Último Recurso. Además de toda la problemática conceptual como la regulación de la tarifa de último recurso y la definición del comercializador de último recurso, existen problemas materiales, como la adaptación de sistemas informáticos que requieren que se publiquen los desarrollos normativos imprescindibles antes de terminar el mes de octubre.

Otros aspectos clave son que los precios de la tarifa de último recurso no tengan el carácter de máximos para los contratos de comercialización libre y que el suministro de último recurso no afecte a la retribución de la actividad de distribución.

Las empresas consideran que hay que hacer todos los esfuerzos que sean necesarios para que el 1 de enero de 2009 entre en vigor el suministro de último recurso.

También preocupa la obligación de facturar mensualmente, con los costes que esto ocasiona. No sería razonable que esta obligación no estuviese asociada a la entrada en vigor del suministro de último recurso, otra cosa sería obligar a los distribuidores a unos cambios en una materia que dejará de ser de su competencia en muy pocos meses.

Se encarga al Grupo de Trabajo de Distribución que elabore un informe pormenorizado de los costes e ingresos asociados a esta medida y de las posibles matizaciones a la misma que podrían mitigarlos, como mantener la correspondencia cada dos meses...”

En el memorándum del Comité de Regulación de 17 de septiembre de 2008 se discute el borrador de nota con propuestas de regulación del SUR con carácter previo a remitirla al Comité de Directores para su aprobación final. Se acuerda también trasladar a la administración la urgencia por que se apruebe a la mayor brevedad posible la normativa de desarrollo (folio 1041). Dicho Comité de Directores tuvo lugar el 3 de noviembre de 2008.

En noviembre se recibió un Borrador de Real Decreto por el que se pone en marcha el Suministro de Último Recurso y una Propuesta de Orden Ministerial por la que se establecen las condiciones de Suministro de Último Recurso y el mecanismo de traspaso de clientes de la tarifa al SUR de energía eléctrica. Tales documentos fueron objeto de revisión por el Consejo Consultivo de la Electricidad convocado el 25 de noviembre de 2008 (folio 1707). También se recibió una propuesta de Real Decreto que regula la Oficina de Cambios de Suministrador (folio 1856).

Consta en el expediente una nota elaborada por UNESA con fecha 12/11/2008 que resume las dos primeras propuestas normativas, RD y OM (folios 2096-2099):

- Se designa CUR a Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa, Hidrocantábrico y E.ON. La designación se revisará al menos cada cuatro años.
- La sustitución de las tarifas integrales por las TUR se produciría a partir de 1 de julio de 2009 para consumidores con potencia igual o inferior a 15 KW. A partir de esa fecha los consumidores que no hayan elegido comercializadora pasarán a ser suministrados por el CUR del mismo grupo empresarial de su distribuidora.

- El mecanismo comienza a aplicarse a 1 de enero de 2009, informando los distribuidores a los clientes con cada factura acerca de la nueva situación y facilitándoles el acceso a la información de las distintas empresas comercializadores disponibles. Antes de 15 de junio y mediante información adjunta a factura los distribuidores comunicarán a sus clientes que no hayan optado por un comercializador el CUR al que serán traspasados. Los CUR deberán formalizar los contratos antes del 1 de julio quedando extinguidos automáticamente en esa fecha los contratos a tarifa.
- Los consumidores de último recurso son considerados a todos los efectos consumidores en mercado liberalizado. La TUR, que tiene carácter de precio máximo y se revisará trimestralmente de forma automática, incluirá de forma aditiva el coste de producción, los peajes y los costes de comercialización en vigor.

Las empresas consensuaron en el seno del Comité de Directores sus observaciones a estas propuestas normativas para su remisión en plazo, antes del 20 de noviembre de 2008 (folio 1699). Respecto a la OM, sugerían entre otras cuestiones que en vez de obligar al CUR a formalizar contrato antes del 1 de julio, cuando el consumidor todavía está en plazo de elegir, se estableciera que, con efectos 1 de julio, se extinguieran automáticamente todos los contratos de suministro a tarifa de aquellos consumidores que no hubieran optado por ningún comercializador, de manera que el CUR sucediera a la empresa distribuidora.

Además de ello, las empresas se coordinaron en el seno del G.T. Distribución de UNESA para remitir a la CNE una información agregada de los costes de gestión comercial. En concreto en el Memorandum de la reunión de 13 de noviembre de 2008 se recogen [CONFIDENCIAL]. Mediante correo de 20 de noviembre se circuló a las empresas una nota sobre los costes de gestión comercial con el siguiente texto (folio 1701, 2337):

“Querido/a amigo/a:

Te adjunto el borrador de nota sobre los costes de gestión comercial que incluye la información del año 2007 facilitada recientemente a la CNE en el anexo IV. Las reducciones de costes por la entrada de la TUR están en la horquilla que se acordó en la reunión.

No obstante, una empresa nos ha planteado que lo que acordó el Comité de Directores se refería a los costes del formulario 26 de las circulares de la CNE, que son los que están auditados. El cálculo sobre éstos es significativamente más bajo. Esta cuestión hay que resolverla antes de pasar la nota al Comité de Directores”.

En el Memorandum del G.T. Distribución de 12 de marzo de 2009 se refleja que las empresas elaboraron un listado de asuntos relacionados con el SUR a fin de abordarlos en reuniones específicas sobre el tema. Se dice literalmente: *“Dentro de los asuntos a tratar existe una mayoría de ellos que deben ser regulados e incluidos en la orden que desarrolle el real decreto del SUR. Otros, fundamentalmente relacionados con los procedimientos de intercambio de información, deberán desarrollarse internamente en el grupo de trabajo que existe en UNESA”* (folio 1859, 2346). En el listado de asuntos pendientes a desarrollar (1906, 1461, 1463) se incluyen hasta un total de 12 temas entre los que se encuentran *“1) Colectivo con derecho a TUR y fecha de inicio”; “3) La periodicidad de las facturas.*

Facturación mensual”. “5) *Mecanismos de traspaso de clientes dese el sistema tarifario vigente hacia el nuevo*”. En las siguientes semanas se mantuvieron reuniones sobre esos temas (folios 1447-1459, 2349).

Aprobado el Real Decreto del SUR, en el seno del Comité de Regulación y en un grupo *ad hoc* se ultimaron propuestas para el desarrollo del Real Decreto, en particular en relación con el cálculo de la TUR, sus condiciones de aplicación y el traspaso de los clientes al SUR (Acta del Comité de Directores de 16 de abril de 2009, folios 1339-1341, 1725). Consta en el expediente que estas propuestas se hicieron llegar a la administración (correos de 20 de abril de 2009, folio 1738). El 27 de abril de 2009 el MITYC remitió a la CNE la propuesta de Orden por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al SUR de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de la TUR para informe de la CNE y trámite de audiencia del Consejo Consultivo de la Electricidad, ambos preceptivos.

2.3.2. 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 TUR se define en el artículo 3.1 párrafo segundo del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, como el precio máximo y mínimo que podrán cobrar las CUR a los consumidores que se acojan a dicha tarifa. De conformidad con el artículo 18.1 LSE, es una tarifa aditiva y respeta los principios de suficiencia de ingresos y no distorsión de la competencia.

La obligación de suministro de último recurso de energía se encomienda a cinco empresas comercializadoras (CUR) designadas en el artículo 2 del Real Decreto 485/2009 pertenecientes, cada una de ellas, a uno de los cinco grandes grupos empresariales asociados a UNESA, verticalmente integrados y presentes, por tanto, en los diversos mercados que integran el sector eléctrico (Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa -grupo Gas Natural-, Hidrocantábrico y E.on), si bien el artículo 3.4 del mencionado Real Decreto les impone la obligación de llevar en su contabilidad cuentas separadas.

Los consumidores con derecho a acogerse a la TUR son, de acuerdo con la disposición adicional undécima del Real Decreto 485/2009 los consumidores de energía eléctrica conectados en baja tensión con una potencia contratada inferior o igual a 10 KW.

Para aquellos consumidores que, sin tener derecho al SUR –consumidores en alta tensión y consumidores en baja tensión con una potencia superior a 10KW- no contraten el suministro con una comercializadora, el artículo 3.2 del mismo Real Decreto establece la obligación de que sean suministrados por la CUR del grupo empresarial propietario de la red de distribución de la zona en que se sitúen. En estos casos, el precio que estos consumidores pagan por la electricidad consumida no es la TUR sino que incluye una penalización que incentiva la firma del correspondiente contrato (regulado posteriormente en las disposiciones transitorias cuarta y quinta de la Orden/ITC/1659/2009, de 22 de junio).

El artículo 4 contempló finalmente que el 1 de julio pasaran al CUR del grupo de la distribuidora aquellos consumidores con un contrato en vigor en el mercado a tarifa que, en dicha fecha, no hubiesen contratado voluntariamente el suministro con una comercializadora ni con una CUR:

“1. 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. Dicho comercializador sucederá a la empresa distribuidora con los derechos y obligaciones establecidos en el artículo 45 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

2. A partir de dicha fecha, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por el comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial de la empresa distribuidora de su zona.”

De acuerdo con el artículo 5.1 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, “a todos los efectos, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado”.

2.3.3. Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, 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

El mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al SUR quedó finalmente regulado como sigue:

“Artículo 4. Formalización y adaptación de los contratos.

1. El día 1 de julio de 2009 se entenderán automáticamente extinguidos todos los contratos de suministro a tarifa suscritos entre los distribuidores y los consumidores.

2. Los consumidores tendrán derecho a formalizar el contrato de suministro con un comercializador sea o no de último recurso.

(...)

3. Si antes del día 1 de julio de 2009, los consumidores no han procedido a formalizar un contrato de suministro con una comercializadora, automáticamente se entenderá que consienten en obligarse con el comercializador de último recurso que les corresponda de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, subrogándose el comercializador de último recurso en la obligación de suministro con los mismos parámetros técnicos y datos del anterior contrato de suministro a tarifa con el distribuidor. A estos efectos las empresas distribuidoras deberán comunicar antes del 1 de julio de 2009 todos los datos de los contratos a tarifa suscritos con los clientes que traspasan a los comercializadores de último recurso correspondientes.”

3. HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON LA COORDINACIÓN DE LAS EMPRESAS PARA OBSTACULIZAR EL CAMBIO DE COMERCIALIZADOR

En el marco del seguimiento de los Anteproyectos de Ley de Trasposición de Directivas Comunitarias y la creación del SUR queda de manifiesto que las empresas consideraban que la base de datos ligada a los puntos de suministro es un activo de importancia capital.

En el Acta del Comité de Directores de 17 de mayo de 2006 así quedó reflejado. Unión Fenosa manifestaba que *“Además, se trata de una actividad estratégica [suministro a tarifa] que hace inconveniente cualquier otra posibilidad”*. *“Iberdrola considera que la base de datos de suministros es una cuestión estratégica que merece que se haga un “gesto”, como el que se propone en el borrador del Comité de Regulación, para intentar conservarla”* (folios 2622-2624).

Esta idea de que el SUR constituye una actividad estratégica la expresan también las empresas eléctricas en relación al gas. Así, consta en el acta del Comité de Directores de 23 de mayo de 2007 lo siguiente: [CONFIDENCIAL].

Precisamente por ello, el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1454/2005 reguló el acceso al SIPS para facilitar el acceso al mismo de los comercializadores. A su vez, la Ley 17/2007, de 4 de julio, refuerza las obligaciones de mantenimiento de las bases de puntos de suministro y prevé la creación de la OCS.

Sin embargo, el acceso a los SIPS por parte de terceros comercializadores no estaba siendo efectivo. Ello motivó la presentación de una serie de denuncias por parte de Centrica por infracción de la Ley 16/1989 ante la autoridad de competencia que dieron lugar a la incoación a principios de mayo de 2007 de sendos expedientes sancionadores contra las empresas distribuidoras de los cinco principales grupos eléctricos por un abuso de posición de dominio consistente en denegar a Centrica el acceso incondicionado y masivo al SIPS.

En el Comité Jurídico de UNESA de 22 de mayo de 2007 se comenta la reclamación de Centrica, se plantea coordinar en dicho Comité los argumentos de defensa y que cada empresa presente su escrito (folio 1025). Ello se hizo en reuniones posteriores (folios 1026-1029). Consta en esas notas que se había tenido acceso al informe de la CNE en los expedientes sancionadores y que la CNE valoraba positivamente el llamado “acceso masivo” a los datos.

En el Memorandum del Comité de Directores de 23 de mayo de 2007 consta:

“6.4 Otros

6.4.1. Expediente de los servicios de la Competencia a los Distribuidores

En relación con las denuncias realizadas por Céntrica, se acuerda que UNESA no atienda ningún requerimiento de esta entidad”.

Por otro lado, entre mayo y diciembre de 2007 las cinco empresas eléctricas acordaron, en el seno de UNESA, los datos exigibles a las comercializadoras para acceder al SIPS. Las reuniones en las que se produjo la coordinación para determinar los criterios comunes de validación de los ficheros como requisito de acceso al SIPS fueron las siguientes:

- Reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 3 de mayo de 2007 (folios 2625-2628):

“Hay que reconsiderar los criterios de validación de los ficheros, que en principio serán el CUPS y el NIF o el CUPS y el código de contrato. Las empresas mandarán sus comentarios sobre este asunto a UNESA antes de finales de mayo.

La propuesta de ENDESA es mantener los criterios actuales, que fundamentalmente se basan en CUPS y NIF”.

- Borrador del Código de Conducta elaborado por UNESA en septiembre de 2007 (folio 1958). Señala que “*para acceder a la información de cualquier punto de suministro será necesario conocer el código universal del punto de suministro (CUPS) y que no exista impedimento escrito por parte del consumidor para que los comercializadores accedan a dicha información*”.
- Reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 4 de diciembre de 2007 (folios 2470-2473)

“4. Acceso al Registro de Puntos de suministro: datos a validar.

En la actualidad las distribuidoras validan los datos de entre CUPS, NIF-CIF y código de contrato.

Se propone unificar criterios y pasar a validar tan solo el CUPS [...]”

La Orden Ministerial ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2008, introdujo medidas para facilitar el acceso a las bases de datos SIPS. Como dice en su Preámbulo: “*Al efecto de facilitar el acceso de estas bases de datos de puntos de suministro y de promover la competencia, se homogeneiza el contenido de los registros desarrollando a su vez las condiciones de mantenimiento y acceso a las mismas*”. En su Disposición Adicional Tercera dicho Orden establece:

(...)

“3. Las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Oficina de Cambio de Suministrador, ni exigir en ningún caso que éstos les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal del Punto de Suministro, CIF, NIF o NIE del titular de dicho punto de suministro o número de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos.

4. Las empresas distribuidoras deberán garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos. En particular, las empresas distribuidoras deberán contar con los medios necesarios para que cualquier comercializador o la Oficina de Cambio de Suministrador, pueda descargar y proceder al tratamiento de los datos referidos a la totalidad de los puntos de suministro conectados a las redes del distribuidor y a las redes de transporte de su zona, así como llevar a cabo una selección detallada de los puntos de suministro respecto a los cuales quiere acceder a sus datos, en función de las diferentes categorías de datos que componen las citadas bases.

(...)

Las empresas tuvieron conocimiento del proyecto y fueron consultadas sobre el mismo en diciembre de 2007. En concreto, fue objeto de análisis del Consejo Consultivo de la Electricidad convocado el 17 de diciembre de 2007 (folios 2642 y 2644). Las alegaciones al proyecto se coordinaron en el seno de UNESA y en ellas se manifestó la posición conjunta de las empresas. Entre otras cuestiones se argumenta que el acceso indiscriminado y sin ningún tipo de validación vulnera la LOPD al facilitar datos a terceros que pueden ser usados para otros fines. Al margen de las alegaciones de tipo jurídico,

consideran que el impacto operativo de implantar esas bases de datos es muy alto y se propone como alternativa que las empresas distribuidoras envíen periódicamente la base de datos a las empresas comercializadoras que lo soliciten, pero sin asumir el coste de desarrollar sistemas para la gestión y mantenimiento de esas bases de datos. Tales alegaciones fueron debidamente puestas en conocimiento de la administración, que tuvo por tanto oportunidad de valorar la posible “ilegalidad” de la Orden.

Previamente, el 20 de diciembre la CNE había emitido su informe 34/2007 sobre la propuesta de Orden y abordaba en el mismo las objeciones al proyecto en vista de la normativa de protección de datos recordando que, sin perjuicio de que se puedan establecer las debidas cautelas, la cesión de datos a los comercializadores y a la OCS viene impuesta expresamente por una Ley y que, en tal medida, concurre una de las excepciones previstas a tales efectos en el artículo 11.2 de la LOPD (folios 2764-2771).

Con fecha 11 de enero de 2008 UNESA remitió a los miembros del Comité de Directores el borrador de escrito de interposición del recurso que se trató en la reunión extraordinaria de dicho Comité celebrada el 14 de enero de 2008 (folio 950). En dicha reunión se adoptó por unanimidad un acuerdo por el que se decidió interponer recurso contra la Orden ITC/3860/2007, “*habida cuenta de que esa regulación no tiene en cuenta la posibilidad de que el interesado exprese su negativa a ceder datos, contraviniendo de este modo tanto la LOPD como el Real Decreto 1435/2002*” (folios 2266-2268).

Constan en el expediente notas a mano que reflejan una reunión que tuvo lugar antes de la interposición del recurso y a la que asistieron representantes de la parte jurídica y regulatoria de las empresas (figuran en ella identificados los asistentes). En estas notas puede leerse (1304-1305, 2391-2410):

“HC pregunta qué riesgo se corre si no se entregan los datos.

Quien debe pronunciarse es la agencia de protección de datos, pero no tiene capacidad de paralizar la OM.

(...)

Endesa plantea solicitar consentimiento a los clientes.

Iberdrola plantea si estas actuaciones pueden perjudicar los expedientes actuales.

Se acuerda preparar un borrador de consulta a la APD

La gestión a la APD ha de ser en paralelo con el recurso y la cautelarísima.

Se comenta la conveniencia de que todos los comercializadores hagan la petición. También sería conveniente disponer de negativas de clientes a que se suministren los datos los datos.

- Se presenta la cautelarísima.

- Cada uno debe contestar a las peticiones haciendo uso de la cautelarísima.

La OM es regulación nueva. Hay que comunicarlo empresa por empresa a competencia”.

Con fecha 15 de enero de 2008 UNESA el interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, en el que solicitaba la suspensión cautelarísima de la disposición adicional tercera de la misma (folios 951-956). Se informó de ello en Junta Directiva celebrada el 18 de febrero de 2008, poniendo de manifestó que tal decisión recibió “la conformidad de todos”. La Junta Directiva autorizó formalmente la interposición del recurso.

Con fecha 16 de enero de 2008 la Audiencia Nacional señaló que no había lugar a acceder a la suspensión cautelarísima solicitada por UNESA. Posteriormente, mediante Auto de 13 de febrero de 2008, la Audiencia Nacional acordó la suspensión cautelar de la ejecución de la Orden ITC/3860/2007 (apartado 5 de la DA Tercera), respecto a los comercializadores, pero manteniendo su ejecutividad respecto a la Oficina de Cambio de Suministrador.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) emitió diversos informes, varios de ellos a petición de las empresas, pronunciándose sobre la compatibilidad entre la Disposición Adicional Tercera de la Orden impugnada y la LOPD. Hay constancia de que algunos de estos informes fueron emitidos ya en enero de 2008 (STS 9 de diciembre de 2010).

Constan en el expediente notas a mano de una reunión celebrada el 12 de febrero de 2008 a la que asistieron representantes de las empresas (figuran en ella identificados los asistentes) en las que se puede leer (folio 1306):

[CONFIDENCIAL]

Por otro lado, el MITyC aprobó la Orden ITC/694/2008, de 7 de marzo, que incluyó explícitamente la misma previsión del artículo 7.2 introducida por el Real Decreto 1454/2005 cuya omisión en la Orden ITC/3860/2007 argumentaba UNESA como base del recurso: “*los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.*”

El 12 de mayo de 2008 la Audiencia Nacional levantó la suspensión de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3869/2007, de 28 de diciembre, que había acordado con fecha 13 de febrero.

Levantada la suspensión de la Disposición Adicional Tercera, con fecha 13 de junio de 2008, UNESA presentó escrito de demanda en el recurso judicial interpuesto, solicitando que se declarase la nulidad de los apartados 3º y 5º de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, por ser contrarios al artículo 11 de la LOPD en conexión con el artículo 41.1.m) y el artículo 45.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en virtud de la redacción operada en estos preceptos por la Ley 17/2007.

Hay constancia de un correo previo fechado el 4 de junio de 2008 que Unión Fenosa manda a UNESA para que lo distribuya a todas las empresas en que se dice lo siguiente (folios 1637-1639):

“En relación al recurso de UNESA sobre la cesión obligatoria de las bases de datos de los distribuidores, en UNION FENOSA hemos vuelto a repensar el tema y me reafirmo en la tesis de que es mejor desistir ya que creemos que no cabe duda de que el recurso ha quedado sin objeto (al poner a disposición de los comercializadores del plazo de quince días toda la información) y además hay

muchas posibilidades, dada la argumentación del levantamiento de las cautelares, de que perdamos y ello nos perjudique en los expedientes que tenemos abiertos.

Digo esto último porque si se desestima el recurso de UNESA (como parece probable por el levantamiento de la suspensión) se dejarían ya "juzgados" todos los expedientes particulares que tenemos puesto que, en definitiva, la Sentencia vendría a señalar que no es necesario el consentimiento del interesado (como han exigido todas las empresas eléctricas) para el acceso por parte de los comercializadores a la base de datos de los distribuidores. Esta misma conclusión además se avalaría por el Informe de la APD que ya consta en autos y que considero que es muy difícil que se ignore por la Sala.

Si ello sucediera, además de darle un aval de envergadura a la CNC en sus procedimientos sancionadores contra nosotros, resulta obvio que dejaría muy limitadas nuestras posibilidades de defensa posteriores.

Por todo ello, pensamos que es mejor desistir del recurso de UNESA motivadamente, con una explicación clara de que a nuestro juicio era necesario el consentimiento del interesado pero que a la vista del levantamiento de las cautelares y de la cesión de los datos que se ha producido en estos quince días, el pleito ha quedado sin objeto”.

El 11 de junio de 2008 UNESA circuló a las empresas por correo electrónico el texto del Fundamento Jurídico de la demanda a interponer. Unión Fenosa responde por correo diciendo (folio 1640):

“Estamos haciendo referencia a “la necesidad de consentimiento expreso por parte de los clientes” y esto a nuestro juicio nos puede traer grandes problemas ya que estamos dando los datos sin obtener el consentimiento.

En mi opinión debemos desistir, como ya te dije en mi anterior correo, pero en cualquier caso no debemos hacer ninguna mención a la obligatoriedad de obtener el permiso expreso del cliente ya que cualquier cliente, por nuestras propias manifestaciones, podría demandarnos/denunciarnos alegando que el RD ya preveía esto.”

No obstante, la demanda se interpuso el 13 de junio de 2008 como se ha señalado.

Las propias empresas asociadas en UNESA defendieron en los trabajos preparatorios del que luego fue Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador, que se incluyese una disposición con el mismo contenido que había sido objeto del recurso interpuesto (folios 1919-1923 y 1904 y 1904 bis). Los comentarios de UNESA a la propuesta del mencionado Real Decreto, que reproducen literalmente las observaciones realizadas por una de las empresas distribuidoras señalaban lo siguiente: *“Es necesario incluir otra disposición adicional que establezca la obligación de los distribuidores de gas de ceder, sin condiciones, las bases de datos a los comercializadores de gas y a la Oficina de Cambios de Suministrador, de forma similar a lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Orden Ministerial ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2008, donde se establece esta obligación en el sector eléctrico.*

Con ello se pretende que el trato del sector gasista sea similar al dispensado al sector eléctrico en esta materia”.

De forma coetánea a la presentación de la demanda las empresas, de común acuerdo, estaban elaborando su propuesta sobre desarrollo del SUR. En dicha propuesta, como se ha referido en el epígrafe 2.3.1 de los Hechos Probados, se defiende la tesis de que se debe designar CUR al comercializador del grupo del distribuidor y que será este CUR al que se transfieran los clientes que no hubieran decidido optar por otra comercializadora en la fecha de desaparición de las tarifas.

Entre las observaciones de UNESA posteriormente al borrador de OM de mecanismo de traspaso al SUR que se circuló se decía *“para que el comercializador de último recurso pueda hacerse cargo el 1 de julio de 2009 de los contratos de suministro a tarifa debe conocer con suficiente antelación los datos de dichos contratos por lo que se considera imprescindible que las distribuidoras remitan, al menos con carácter provisional, a la información necesaria con un mes mínimo de plazo, para que de esta forma se puedan preparar debidamente los sistemas informáticos y asegurar los procesos comerciales correspondientes”*. Esta información, a la que se referían más adelante no era otra que la contenida en el SIPS (folios 2028-2055). También consta que en la propuesta de OM que se hizo llegar a la Dirección General de Política Energética y Minas del MITyC (correos de 20 de abril de 2009, folios 1738-1745) se señalaba lo siguiente:

“1. Inicio del suministro de último recurso.

1. Los distribuidores deberán transferir a los comercializadores de último recurso correspondientes toda la información histórica necesaria sobre los puntos de suministro, para poder continuar con el servicio que tenían estos en la tarifa regulada. El comercializador de último recurso quedará eximido de futuras responsabilidades económicas y fiscales que se deriven de traspaso de información.

En concreto, la información a remitir será la ya prevista de consulta en el Sistema de Información de Puntos de Suministro que el distribuidor debe poner a disposición de todos los comercializadores y usuarios, así como los datos personales de los titulares de los contratos en la fecha de dicho traspaso, incluyendo al menos el nombre, NIF, direcciones de suministro, fiscal y de correspondencia y la modalidad de pago, indicando en su caso, los datos de la cuenta bancaria si el pago estuviera domiciliado”.

La obligación de las empresas distribuidoras de comunicar los datos de los contratos a tarifa a los CUR antes del 1 de julio se reflejó en la propuesta de OM que se circuló en abril de 2009 y finalmente incluida en el texto de OM en los siguientes términos: *“A estos efectos las empresas distribuidoras deberán comunicar antes del 1 de julio de 2009 todos los datos de los contratos a tarifa suscritos con los clientes que traspasan a los comercializadores de último recurso correspondientes”*.

Los órganos de revisión jurisdiccional ya se han pronunciado en diversas sentencias sobre que la regulación del SIPS es conforme a derecho (STS de 9 de diciembre de 2010)

En relación con los trabajos de implantación del SUR, consta en la nota de la reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 8 de octubre de 2008 (folios 2498-2501) lo siguiente:

“7. Corte de operaciones en relación con la implantación del SUR.

Se plantean dos supuestos:

- *Seguir un esquema por plazos parecido al utilizado con el SUR del gas.*
- *Continuar con la operativa habitual e ir resolviendo las situaciones según se vayan planteando.*

Cada empresa remitirá a UNESA su propuesta a este tema, incluyendo los plazos a aplicar, antes del 20 de octubre.”

Con posterioridad se circuló una convocatoria de la reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 19 de noviembre de 2008 (folio 1696) en los siguientes términos:

“Se amplía el orden del día de la reunión del Grupo de Trabajo Intercambio Información entre agentes que se celebrará el próximo día 19 de noviembre, a las 10:30 horas, en las oficinas de UNESA, que quedará con los siguientes puntos:

[...]

- *Corte de operaciones en relación con la implantación del SUR. (e-mail de [...] reenviado el 31/nov/08; e-mail de [...] reenviado el 24/oct/08). (Propuestas de RD de TUR y de OM de paso a la TUR)”*.

En la nota de la reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 14 de enero de 2009 (folios 2454-2457) se comenta que ante la próxima entrada en vigor de la TUR se convoca reunión del grupo de trabajo en las oficinas de UNESA para el 11 de febrero de 2009 para tratar, entre otros temas, de la fecha de corte de operaciones. En la nota de dicha reunión se recoge lo siguiente (folios 2587-2589):

“4. Varios: Corte de operaciones.

Iberdrola tiene previsto suspender las operaciones desde el 13 de junio hasta el 6 de julio excepto bajas y altas directas. Endesa cortará desde el 20 de junio al 6 de julio, asimismo hc-energía lo hará desde el 15 de junio hasta el 2 de julio.

Se solicita de las distribuidoras que remitan a UNESA las fechas de corte y los procedimientos y movimientos que se van a ver afectados.”

En la nota de la reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 4 de marzo de 2009 (folios 2459-2463):

“3. Fecha de corte de operaciones.

Las fechas previstas por la distribuidoras estarán a disposición de todos los agentes en la intranet de Unesa (G.T. Formatos) cuando Unión Fenosa informe a la Secretaría del G.T. sus previsiones.”

En la nota de la reunión del grupo de trabajo de intercambio de información entre agentes de 20 de mayo de 2009 (folios 2465-2468) consta:

“2. Análisis de borradores del TUR. Corte por impago. Rescisión de contratos, posible establecimiento de mensajerías entre Comercializadores y CUR o envío de información en ficheros de baja para información del CUR.

Se considera necesario protocolizar el paso de los clientes del mercado regulado a suministro de último recurso. Dado que se podrían plantear varias alternativas, cada agente se encuentra analizando la que considera más procedente, a la espera de la publicación de la Orden Ministerial que desarrolle el paso a SUR en el mes de julio de 2009. Cuando salga la Orden Ministerial y en todo caso no más tarde del 15 de junio, se debería tener una propuesta sobre el tema. Se pide que los diferentes agentes remitan a UNESA las diferentes opiniones antes del 1 de Junio a fin de que UNESA pueda elaborar una propuesta conjunta”.

Con fecha 10 de junio de 2009 el Presidente de UNESA remitió una carta al Secretario de Estado de Energía con copia al Director General de Política Energética y Minas informando de los problemas que suponía la entrada en vigor del SUR para la adaptación de los sistemas informáticos, en particular que *“los profesionales encargados de estos cambios están a punto de ver superada su capacidad de respuesta y en algunos casos esto ya ha ocurrido”*, pero no anuncia los cortes previstos ni sus fechas (folio 527).

Tal y como se recoge en el siguiente cuadro elaborado por la DI, entre el 8 y el 15 de junio de 2009 las cinco empresas distribuidoras enviaron sendos correos electrónicos a diversas comercializadoras comunicándoles que durante un determinado período de tiempo, que oscilaba entre 12 y 24 días entre el 12 de junio y el 6 de julio de 2009, se suspendería la gestión de ciertas solicitudes en baja tensión (folios 8, 9, 21 a 23 y 27).

	<i>Iberdrola</i>	<i>Endesa</i>	<i>HC</i>	<i>Unión Fenosa</i>	<i>E.On</i>
Fecha de comunicación de la suspensión a las comercializadoras	<i>8 de junio</i>	<i>9 de junio</i>	<i>15 de junio</i>	<i>16 de junio</i>	<i>24 de junio</i>
Período previsto de suspensión de operaciones	<i>(Dependiendo del tipo de operación): - 12 de junio-6 de julio - 19 de junio-6 de julio</i>	<i>22 de junio-3 de julio</i>	<i>15 de junio-sin fecha límite</i>	<i>12 de junio-1 de julio</i>	<i>15 de junio-1 de julio</i>
Operaciones afectadas	<i>- Operaciones de paso a MR y bajas por motivos 02 y 04 (fin de contrato de energía y baja por impago) - Solicitudes de <u>paso a ML</u></i>	<i><u>Gestión de solicitudes de baja tensión</u> excepto bajas por fin de actividad</i>	<i>- Sólo admite procesos de cambio de comercializadora, modificaciones y bajas definitivas - <u>El resto de solicitudes se rechazan</u> con motivo 99</i>	<i>- Corte de operaciones en las solicitudes de bajas por paso a MR - Se mantienen el resto de procesos, entre ellos, paso de MR a ML y cambios de comercializadora</i>	<i>Rechazo de solicitudes relativas a <u>procesos A3</u></i>

	<i>Iberdrola</i>	<i>Endesa</i>	<i>HC</i>	<i>Unión Fenosa</i>	<i>E.On</i>
Motivo de la suspensión	<i>Inicio de la aplicación de tarifas de último recurso y necesidad de preparar los sistemas para el paso a SUR.</i>	<i>Facilitar el tránsito en los sistemas de Endesa distribución eléctrica</i>	<i>Los procesos de migración a la CUR</i>	<i>Adaptación de los sistemas para la conversión de las tarifas de MR a tarifas de acceso</i>	<i>Conversión de las tarifas de mercado regulado a tarifas de acceso</i>

MR: mercado regulado
ML: mercado libre

De acuerdo con la estandarización de procesos para los intercambios de información entre las comercializadoras y las distribuidoras que obra en el expediente, la suspensión afectó, en todos los casos salvo el de Unión Fenosa, a las solicitudes de paso de mercado regulado a mercado libre con una comercializadora libre:

- Iberdrola: “no podrán cargarse solicitudes de paso a ML” (folio 8).
- Endesa: “suspender la gestión de solicitudes de Baja Tensión [...] EXCEPTO para las BAJAS POR FIN DE ACTIVIDAD”, lo que incluye, por tanto, el paso de MR a ML (folio 9).
- Hidrocarbónico: “solamente se admitirán procesos de Cambios de Comercializadora, Modificaciones y Bajas definitivas”, lo que supone, por tanto, la no admisión del paso de MR a ML (folio 21).
- Unión Fenosa: “no habrá corte en el resto de procesos: pasos de Mercado Regulado a Libre (A1, A2, A3)” (folio 22).
- E.ON: “para los procesos A3 el plazo límite para procesar solicitudes en nuestro Canal Web era el día 15.06.2009”, siendo el proceso A3 un proceso de paso de MR a ML (folio 27).

Tras la recepción de dichas comunicaciones por parte de las comercializadoras, ACIE se dirigió a Endesa, Iberdrola e Hidrocarbónico, con fechas 17 y 23 de junio de 2009, para manifestarles su desacuerdo con dicha decisión y solicitar una rectificación de las medidas adoptadas (folios 2-7 y 24-26).

Con fecha 17 de junio Endesa contestó a ACIE señalando que el correo electrónico se refería a cambios internos en los sistemas comerciales y se envió a ACIE por error ya que en ningún caso se iba a suspender la tramitación de solicitudes de traspaso a mercado libre (folio 10).

Por su parte, Iberdrola contestó al escrito de ACIE con fecha 19 de junio señalando que la suspensión se refería a la gestión de solicitudes a través del portal web si bien, “dado el escaso volumen del que estamos hablando”, las comercializadoras afectadas podrían enviar sus solicitudes por medios no telemáticos (correo ordinario, fax y correo electrónico) (folios 19 y 20).

En vista de lo anterior, la DI, en virtud de lo dispuesto en los artículos 54 de la LDC y 41 del RDC, propuso al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la adopción de medidas cautelares. Mediante Resolución de 1 de julio de 2009, el Consejo de la CNC acordó:

“1º Ordenar provisionalmente el cese de las prácticas de suspensión de la gestión de solicitudes de cambio de suministrador y el restablecimiento del normal funcionamiento de este servicio por parte de HIDROCANTABRICO, y ordenar la misma medida para las mercantiles ENDESA, IBERDROLA, UNION FENOSA y EON, solo para el supuesto de que tal restablecimiento no hubiera sido presentado por los mismos con anterioridad a la notificación de la presente Resolución.

2ª Intimar a ENDESA, IBERDROLA, UNION FENOSA y EON para que, durante el tiempo que dura la tramitación del expediente, se abstengan de obstaculizar en forma alguna la actividad de gestión telemática en los mercados de electricidad y especialmente aquellos relacionados con el cambio de suministrador.”

Con fecha 20 de julio de 2009 la DI se dirigió a las empresas implicadas en las medidas cautelares acordadas, en solicitud de la oportuna información a los efectos de verificar el efectivo cumplimiento de las mismas. Tanto Endesa, como Unión Fenosa e Iberdrola, habían restablecido sus servicios telemáticos de cambio de suministrador antes de la fecha de adopción de la resolución, el 1 de julio de 2009. Esa fue por otra parte la fecha anunciada y posteriormente confirmada en la que E.on procedió por su parte a dicho restablecimiento. Hidrocantábrico acompaña a su escrito certificado expedido el 28 de julio de 2009 por determinada empresa externa, en el que se acredita la plena disponibilidad y efectiva operatividad de los accesos telemáticos de cambio de suministrador ordenados en la medida cautelar adoptada.

4. HECHOS PROBADOS SOBRE EL CONTRATO TIPO

En la reunión del Grupo de Trabajo de Distribución de UNESA, celebrada el 11 de enero de 2007, se incluía un punto dedicado a “modelos de contrato” en el que se señalaba que [CONFIDENCIAL].” (folios 2634-2639).

Con fecha 13 de febrero de 2007 se envió una comunicación desde UNESA a responsables de todas las empresas asociadas bajo el título de asunto “Modelo de contratos” en que informaba de lo siguiente (folio 1326):

“El pasado 11 de enero, en la reunión del Grupo de Distribución de UNESA, se planteó la conveniencia de elaborar un modelo común de contrato para que fuera utilizado por todas las empresas eléctricas, así como la posibilidad de informar o no, al Ministerio sobre su existencia.

Te recuerdo que este tema fue estudiado hace ya algún tiempo por el Comité Jurídico, y en su momento se elaboraron tres tipos de contratos: de tarifas, de peajes y de compra de energía.

En esta misma reunión del Grupo de Distribución de UNESA, se planteó que antes de consultar con el Comité de Directores, el Comité Jurídico analizara esta cuestión, por lo que te informo que se tratará en la próxima reunión del próximo 21 de febrero”.

El punto sexto del Orden del día del Comité Jurídico celebrado el 21 de febrero de 2007, se refería asimismo a “contratos tipo” y señalaba que “se adjunta correo electrónico enviado el día 13.02.2007, sobre modelos de contratos”. De acuerdo con el acta de dicha reunión en

el mencionado punto del Orden del día se trató lo siguiente en relación con este tema (folios 1324, 2640 y 2641):

“Contratos tipo: En relación con la posibilidad de elaborar modelos de contratos para que sean utilizados por las empresas eléctricas, Unión Fenosa repartió a los asistentes un modelo de contrato de suministro con el fin de que se hicieran los comentarios oportunos”.

No consta que se realizaran tales comentarios ni que el modelo de contrato se llegara a remitir al MITyC. Dicho Departamento Ministerial en fase de prueba ante el Consejo ha ratificado que no llegó a recibir tal borrador de contrato. En dicha fase de prueba tanto Gas Natural, como Hidroeléctrica y UNESA han remitido copia de la propuesta de contrato tipo circulada en su día por Unión Fenosa.

5. HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON LA FACTURA

Como ya se ha mencionado en el apartado 2.3.1 de los Hechos Probados, en el memorándum del Comité de Directores de 10 de septiembre de 2008 se recoge la preocupación por la obligación de facturar mensualmente (folio 1317-1319).

Este comentario se debía a la inminente aprobación del *Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología*, que en su Disposición Adicional Séptima establecía la obligación de factura mensual para los consumos domésticos.

Disposición adicional séptima.-Periodicidad de la facturación y lectura de las tarifas domésticas.

La facturación de las tarifas de suministro de energía eléctrica social y domésticas (hasta 10 kW de potencia contratada) a partir del 1 de noviembre de 2008 se efectuará por la empresa distribuidora mensualmente llevándose a cabo con base en la lectura bimestral de los equipos de medida instalados al efecto”.

Con fecha 22 de octubre de 2008, se celebró en UNESA una reunión sobre facturación mensual en la que se trataron *“propuestas para el ahorro de costes de facturación mensual”*. En particular, el Memorandum refleja lo siguiente (folios 1850-1854):

“UNION FENOSA presenta una propuesta de actuación que consiste en sustituir la factura en papel por un recibo bancario ampliado con los datos de identificación del suministro y los conceptos de facturación. Además semestralmente se enviaría un resumen. Los detalles de esta propuesta se incluyen en el anexo.

El coste de esta propuesta de actuación sería similar al de la actual facturación bimestral, por lo que con esta medida la facturación mensual no tendría extracoste.

El principal inconveniente se encontraría en el cumplimiento del art. 82.5 del R.D. 1955/2000 en el que habría que modificar el período para el adeudo bancario.

Por otra parte, IBERDROLA plantea una posible propuesta que consiste en anticipar el envío de la factura estimada del mes siguiente con la factura que se envía cada dos meses. Tiene el inconveniente de anticipar unos consumos que en ese momento no se han producido.

Estas propuestas serán analizadas por cada empresa para dar una respuesta antes del 5 de noviembre”.

En el anexo al acta de dicha reunión (folios 1852-1854) se recoge la propuesta de resumen semestral y el contenido de la factura simplificada. En relación con esta última se dice lo siguiente:

“En la factura actual se muestra gran información asociada al suministro, contrato,...(obligatoria según la regulación). Se propone un diseño simplificado de factura con la siguiente información: [...]. Los datos obligatorios eliminados de la factura (características del suministro/datos de contrato) se incluirán en el resumen de facturación (semestral para domésticos, anual para el resto) o con el cambio de características”.

Figura un correo de 7 de noviembre de 2008 de UNESA a representantes de las empresas en el que se convoca a la reunión del G.T. de Distribución el 13 de noviembre de 2008 y se dice lo siguiente (folio 1677):

[CONFIDENCIAL].

Este asunto efectivamente se trató en el G.T. de Distribución de 13 de noviembre de 2008 y se quedó en elevarlo al Comité de Directores (folios 1863-1866).

En noviembre de 2008 se elaboró, desde UNESA, un borrador de carta a enviar al MITyC exponiendo algunos de los aspectos de la propuesta de facturación mensual de UNIÓN FENOSA (folios 1780-1784).

En enero de 2009 se elaboró un nuevo borrador de carta al MITyC en el que se incidía de nuevo en la propuesta de facturación planteada en la carta anterior y en la necesidad de llevar a cabo una determinada modificación normativa para que fuese posible la aplicación de la misma (folios 2633). En el seno de UNESA se había puesto de manifiesto la necesidad de modificar el art. 82 del RD 1955/2000 para poder utilizar el recibo bancario como factura de la forma que las empresas pretendían, además de despejar ciertas cuestiones fiscales, tal y como la CNE había puesto de manifiesto en un informe emitido al respecto (folios 1721-1724, 2629).

No hay constancia en el expediente de que tal modificación normativa se haya producido.

6. HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON EL SUMINISTRO A GRANDES CLIENTES

6.1. Negociaciones previas a la desaparición de las tarifas

Los elevados precios establecidos en el mercado de generación a comienzos de 2006 generaron un importante déficit tarifario que motivó la adopción del Real Decreto-Ley 6/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Las empresas eléctricas a través de UNESA elaboraron un documento (folios 2780-84) que fue objeto de análisis por sus Consejeros Delegados en marzo de 2006 (folio 2779) en el que se concluía que dicho Real Decreto no abordaba las causas reales del déficit y que constituía una medida desproporcionada que perjudicaba a las empresas del sector. Entre las causas del déficit se identificaba el mantenimiento de unos precios regulados para grandes consumidores eléctricos desfasados del coste real del suministro. En este documento se pone de manifiesto que esta situación es paradójica, por cuanto tales clientes exhiben rentabilidades muy altas en relación con las empresas eléctricas. De hecho, en el seno de UNESA se llevaron a cabo análisis para constatar esta cuestión y analizar el impacto que sobre estos clientes tendría una subida del coste de la electricidad (folios 2885-2899).

En este documento las empresas plantearon una serie de propuestas que incluían fomentar la bilateralización de los contratos, esto es, la firma de contratos a largo plazo entre las eléctricas y los grandes consumidores de energía eléctrica. Se consideraba que para ello el Gobierno debería establecer las condiciones adecuadas, lo que implicaba poner una fecha tope para la desaparición de la tarifa a dichos consumidores.

En el Memorandum de la Reunión del Comité de Directores de 25 de abril de 2006, se refleja que se produjo una reunión entre UNESA y AEGE por sugerencia del Secretario General de la Energía. Se pretendían mantener nuevas reuniones técnicas pero AEGE no mostraba la suficiente agilidad. Por ello, el Comité de Directores decidió que *“UNESA se dirigirá a esta asociación manifestando su desacuerdo con la dilatación de los trabajos e informándole del inicio de redacción de un borrador de nota-contrato que podría ser remitido, en su caso, al Secretario General de la Energía”* (folios 2900-2904).

Consta en el expediente con fecha de 9 de mayo de 2006 un documento de UNESA titulado *“Propuesta de condiciones de suministro a grandes clientes”* que analiza fundamentalmente la demanda de clientes acogidos a interrumpibilidad y a la tarifa G4. Considera que los clientes pasarán a partir de 1 de enero de 2007 a mercado liberalizado y plantea las condiciones que les deberían ser de aplicación respecto al precio de la energía (50-55 €/MWh), tarifa de acceso (se estima en que niveles se debería situar) coste de la interrumpibilidad, plazo de los contratos (5-15 años con 3 iniciales de periodo transitorio) y actualización de precios (folios 2149-2153).

Asimismo se celebraron 3 reuniones sobre grandes consumidores entre responsables de las empresas eléctricas, el Presidente y el Secretario General de UNESA, al margen de los foros usuales de reunión de la asociación. Dichas reuniones tuvieron lugar los días 31 de mayo, 15 de junio y 15 de noviembre (folios 2908-2921 y 2960). En el Acta de la Junta Directiva de 29 de mayo de 2006 se incluye éste entre los temas prioritarios, poniéndose de manifiesto que se deben hacer los esfuerzos necesarios para conseguir una solución razonable (folios 2822-2823).

Coincidiendo con la reunión de junio antes mencionada, UNESA elaboró un documento titulado *“criterios a considerar en la contratación bilateral con grandes clientes”* al que las empresas realizaron observaciones (folios 2915-2920). Este documento reitera el planteamiento del anterior de mayo. Parte de la liberalización del suministro de electricidad para la gran industria en julio de 2007 y señala que *“Pasar de la situación actual a la contratación bilateral es un proceso complejo tanto para consumidores como*

para generadores que exige esfuerzos por ambas partes. En ese sentido las empresas de UNESA manifiestan su voluntad de llegar a un acuerdo.

El contenido del documento mencionado (folios 1159-1176) detalla una serie de criterios a considerar en los futuros suministros de electricidad:

La demanda a considerar: tipología de clientes que se podrían acoger a las modalidades de contratación.

Oferta que participaría: *“la oferta de energía se materializaría mediante un acuerdo global en el que deberá participar toda la generación en régimen ordinario [...]”*.

Plazo de los contratos: *“[...] el contrato se establecería por un plazo fijo que podría ser de cinco años hasta el 2011 u otra duración que se pueda acordar [...]”*.

Condiciones económicas:

- Precio de la energía: *“El precio considerado por la energía podría estimarse actualmente en torno a 55€/MWh [...]. El precio inicialmente fijado deberá estar indexado a lo largo del plazo de contrato teniendo en cuenta determinados parámetros [...]”*.
- Tarifa de acceso: De nuevo se hacen unas estimaciones de costes que permiten señalar la tarifa mínima a regular.
- Precio de los servicios a prestar al sistema: *“En una primera evaluación, se estima que dichos servicios podrían retribuirse en torno 15€/MWh, que sería satisfecho por el OS y recuperado vía la tarifa de acceso, dejando por tanto un coste neto para los consumidores del orden de 40€/MWh”*.

En la Junta Directiva de UNESA de 18 de julio de 2006, (folios 2923-2927) se establecía, en relación con la contratación con grandes clientes que *“la Junta Directiva se muestra conforme en establecer una estrategia que permita que las tarifas que les son aplicables en España desaparezcan el 1 de julio de 2007. Para ello consideran que deben agilizarse los trabajos al respecto.*

En el Comité de Dirección de 18 de septiembre de 2006 (folios 2929-2950) se trató el documento *“Propuesta de condiciones de suministro a grandes clientes”* elaborado por UNESA y previamente enviado a las empresas asociadas, cuyo contenido reproduce el del anterior documento sobre los criterios a considerar en la contratación bilateral, elaborado para la ya mencionada reunión de 15 de junio.

El acta de la Junta Directiva de 20 de septiembre de 2006 (folios 2951-2957) recoge en términos generales la necesidad de desaparición de la tarifa favoreciendo la contratación bilateral con los grandes consumidores. Se adjuntó al acta un anexo titulado *“aspectos a tratar con la Administración”* en el que señalaba que para favorecer la desaparición de las tarifas había que dar una solución a los grandes clientes a través de la contratación bilateral. Para ello las diferentes partes tienen que hacer un esfuerzo y alcanzar un acuerdo, en particular, sobre tres aspectos:

“El volumen de energía sujeta al acuerdo. Entre 10 y 30 TWh

- *El precio medio de la energía, en el entorno de 60€/MWH, 55 en concepto de energía y aproximadamente 5 de garantía de potencia.*
- *El mecanismo de contratación, establecimientos de plazos en el entorno de 3 años”.*

El acta de la Junta Directiva de UNESA de fecha 20 de noviembre de 2006 (folio 2961-2967) señala que *“el asunto de la contratación bilateral con los grandes consumidores y los términos en que la misma podría ser aceptable, señalándose igualmente que este tema no es privativo de las empresas de UNESA sino que debe extenderse a toda la generación de electricidad”.*

En la nota sobre *“paso ordenado de tarifa a contrato”*, elaborada por AEGE (folio 983) se fija un *“esquema para la reunión con UNESA el 31-10-06 tras la celebrada por el Secretario General con AEGE y UNESA el 27-10-06”*. AEGE entiende que *“la complejidad del contrato aconseja iniciar conversaciones técnicas entre ambas partes [...] pero en todo caso no hay que perder de vista el objetivo, que es que la industria básica y la eléctrica contraten entre sí con garantía mutua para la decisión y retorno de sus inversiones respectivas, que incluso podrían estar interrelacionadas”*.

Asimismo se fija una propuesta de actuaciones UNESA-AEGE antes de fin de año y se enumeran toda una serie de puntos a concretar, entre otros, el precio base (plazo, indexación, pago previo y rango de precio) y las condiciones de compra.

El 21 de noviembre el Presidente de AEGE se dirigió al Presidente de UNESA en un correo electrónico (folio 2968) bajo el asunto *“negociación”* para comunicarle que *“para nosotros la única subdivisión posible entre consumidores es si cumplen o no con las condiciones y compromisos de apoyo al sistema, fórmula que han asumido y están dispuestos a cumplir todos los asociados a AEGE.*

En cuanto a precio y plazo, nos mantenemos en 40€/MWh y 20 años, porque en las razones de fondo nada ha cambiado desde el 31 de octubre”.

El Comité de Dirección de 4 de diciembre de 2006 (folios 2969-2973) deja constancia de la existencia de un grupo de trabajo ad hoc en el seno de UNESA en relación con el tema de grandes clientes que reporta a dicho Comité de Directores.

En el documento titulado *“asuntos en proceso que se están desarrollando en UNESA a principios de 2007”* (folios 984-989) se señala que *“en UNESA se concretaron los parámetros básicos antes de finalizar el año 2006 (precio, cuantía, tiempo, etc.) para un posible acuerdo con los grandes consumidores.*

A la vista de las últimas noticias sobre las peticiones de ofertas por parte de AEGE a las empresas, habría que concretar los pasos futuros a seguir desde UNESA, en su caso, y las propias empresas”.

En la Junta de 14 de febrero (folios 2975-2978) se hace hincapié en que la contratación con grandes clientes fue *“objeto de estudio y análisis antes de finalizar el año 2006 en la Asociación pero que parece ahora estancado”* y *“en relación a ello, la Junta Directiva expresa la necesidad de que con anterioridad a iniciar cualquier proceso de contratación se conozcan todos los elementos del modelo eléctrico afectados por este asunto [...]”*

En el Memorandum del Comité de Directores de 21 de marzo de 2007 (folios 2863-2867) se dice:

“7.2 Grandes consumidores

Este punto del orden del día se incluyó para ver si del lado de las empresas existen novedades al respecto y se constata que no hay nada nuevo al respecto. Se está de acuerdo en que la solución a este problema debe producirse de forma simultánea con la de otros de mayor alcance”.

De acuerdo con el Acta de la Junta Directiva de 17 de abril de 2007 (folios 2985-2989), el Presidente de UNESA expone el contenido de la reunión que mantuvo con el Secretario General de la Energía el martes 3 de abril de 2007, en la que se analizaron, entre otros, la contratación con los grandes clientes, señalando que *“destaca la intención de la Secretaría General de convocar a las empresas y a UNESA a próximas reuniones con el fin de tratar los temas referidos, y la valoración positiva que tendría la existencia de una posición común sobre los mismos.*

Respecto de ello, la Junta Directiva considera que, independientemente de que la solución a todos ellos debe ser global o conjunta, la Asociación y las empresas deben realizar los mayores esfuerzos para intentar conseguir, si es posible, una posición común sobre los temas referidos”

6.2. Desaparición de las tarifas para grandes clientes

En junio de 2007 se aprobó el Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007. Dicho Real Decreto en su Disposición Adicional Cuarta establece:

“Disposición adicional cuarta. Unificación y supresión de tarifas.

1. A partir de 1 de julio de 2008 se suprimen las tarifas generales de alta tensión y la tarifa horaria de potencia.

En consecuencia, a partir de dicha fecha únicamente existiría un régimen de tarifa integral para los consumidores acogidos a la tarifa D y a la tarifa G.4, además de los de Baja Tensión.

A principios de julio de 2007, como ya se ha relatado, se aprueba la Ley 17/2007 por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Con ella queda suprimido el sistema tarifario integral, estableciéndose las tarifas de último recurso, a las que obviamente no pueden acogerse los grandes clientes. La fecha inicialmente prevista para la desaparición de las tarifas todavía existentes sería el 1 de enero de 2009.

En julio de 2007 (folios 2996-2999) se elaboró un documento por parte de UNESA sobre “asuntos de interés sectorial” que se refiere a los contratos con los grandes consumidores:

- Se reitera de nuevo que en junio de 2006 se analizaron las condiciones de una posible contratación con dichos clientes considerándose un precio de 55€/MWh y un plazo de 5 años.
- Se señala que AEGE se puso en contacto con todas las empresas generadoras, solicitando ofertas.

- Se sabe que AEGE está estudiando el diseño de una central de compras que esperan tener operativa para finales de julio o septiembre.

En septiembre de 2007 se crea FORTIA ENERGÍA, una sociedad limitada constituida con licencia para operar como agente comercializador en el Mercado de Producción de electricidad. Fortia está compuesta por 17 grupos industriales de distintos sectores de la economía. La estructura propietaria de Fortia, se distribuye en: Siderúrgicos (47,2%), Cemento (25,8%), Metales (20,8%), Gases (6,20%), y Papel (0,07%). Representan alrededor de un 10% del consumo energético nacional.

En el Orden del Día del Comité de Directores de 24 de septiembre de 2007 se incluye como punto a tratar la *Relación con los Grandes consumidores del G4*. En dicha reunión se repasa la situación al respecto tras los últimos cambios legislativos y en relación a la reunión a la que han sido convocadas las empresas por el Secretario General de Energía para el día siguiente. En nota resumen elaborada para la Junta Directiva del 26 de septiembre de 2007 se anuncia que se tratará también del tema. (folios 3013-3019 y 3020-3025).

El 16 de octubre de 2007 se circula a las empresas el documento recibido de los Grandes Consumidores del G4 que contiene experiencias de contratación en otros países y la situación comparada de la industria del aluminio y del zinc. Incluye además la siguiente propuesta de condiciones básicas de los contratos bilaterales que reemplazarán a la tarifa G4:

“Plazo del contrato: 15 años.

Volumen de energía: entre 10-11 TWh/año en las condiciones requeridas para la G4

Precio final comparable al actual G4 31 €/MWh

Precio basado costes de generación de las tecnologías asociadas al suministro en base (uranio, carbón) y otros costes de operación y mantenimiento.

La fórmula debe estar basada en índices internacionales que permitan su predictibilidad y cobertura en los mercados.

Los acuerdos de suministro se concretaran en acuerdos bilaterales entre cada punto de consumo y la empresa eléctrica correspondiente”.

Dicha nota fue circulada por UNESA al objeto de ser comentada en el Comité de Directores de 23 de octubre de 2007 en el que se hacía referencia a ella como “nota y propuesta de los consumidores (G4) (ideas para contrarrestar el impacto).” (Folios 3028-3040 y 3041-3045). En el Acta de dicho Comité consta lo siguiente:

“Se comenta el documento recibido que, en opinión de los miembros de este comité de Directores, contiene imprecisiones sobre el entorno internacional. La oferta económica que contiene, según la opinión de todos los presentes, se aleja tanto de la realidad que no es posible tomarla en consideración.

Después de debatir si era necesario responder por escrito desde UNESA, no se alcanzó unanimidad al respecto.

Finalmente, se recuerda que las empresas deben facilitar a UNESA, las ideas regulatorias que posibilitarían la contratación bilateral con estos grandes clientes”.

Por otro lado, en el Comité de Directores de 27 de noviembre (folios 3046-3050) “*se comenta la carta recibida de grandes clientes de electricidad y la posibilidad de realizar una contestación institucional que en ningún modo pueda cuestionarse desde competencia. Se acuerda proponer a la Junta Directiva que UNESA conteste en los términos comentados”.*

En la Junta Directiva de 28 de noviembre de 2007, en el apartado Asuntos de interés Sectorial, se dice: “*En tercer lugar, se comenta la contratación con los grandes clientes ante la previsible desaparición de la tarifa regulada existente para ellos a mediados del año que viene”.*

En un correo de 20 de mayo de 2008 de un Director de [CONFIDENCIAL] a UNESA se dice (folio 2881):

“Queridos amigos:

Creo que es urgente y crítico que desde UNESA se establezca una estrategia de dos vías: a) Preparar un informe para dar a conocer las falsedades del informe de la CNE que ha dado lugar a tanto intervención y ataque contra las empresas del sector; b) establecer un plan de comunicación contundente, para lo que habría que activar a los pesos pesados de comunicación de las empresas c) analizar vías de defensa jurídica de los ataques que estamos sufriendo

Creo que tenemos que defendernos colectivamente, pero corremos el riesgo de que si no se actúa rápido (tanto la Administración, como Fortia, como la CNE lo están haciendo) cada empresa decida ir por libre y creo que perderíamos la batalla”.

El mismo Director de [CONFIDENCIAL] manda días después a las mismas personas de UNESA otro correo adjuntando un artículo del Director de AEGE que dice: “*Como veis la AEGE insiste en que se “potencien” contratos ligados a costes de tecnologías baratas y (y no a precios) y vuelve a hacer referencia al informe de la CNE.”* A continuación proponen ciertas mediadas (elaboración de informes y artículos de prensa) a realizar desde UNESA. De acuerdo con el artículo, el análisis de la CNE se refiere al “*montante necesario de subida de la tarifa eléctrica el 1 de julio y su informe paralelo demostrando que determinadas tecnologías obtienen beneficios extraordinarios en el mercado marginal español”* (folio 2190).

En borrador de carta fechada el 12 de junio de 2008 al Ministro de Industria, Turismo y Comercio en el que se abordan los Principales Asuntos Regulatorios sobre el Sector Eléctrico en el que se manifiesta la necesidad de terminar con el periodo de transición hacia el modelo previsto por la normativa comunitaria y que para ello resulta urgente tomar una serie de decisiones por parte del Regulador que sean coherentes con dicho objetivo. Por ello, en la carta se tratan “*los temas pendientes y, a nuestro juicio, más importantes, en el sistema regulatorio del sector, con un planteamiento global y conjunto del posible tratamiento de los mismos”.* Como punto tercero de la carta se recoge la *Eliminación de la tarifa integral y la contratación bilateral de los suministros hoy acogidos a la tarifa G4.*

En ese apartado se pone de manifiesto que *“Deben establecerse cuanto antes las medidas regulatorias que permitan el cumplimiento real del calendario previsto de eliminación de tarifas, contemplando los procedimientos y las actuaciones a seguir por los agentes suministradores...”*. Alude a que lo contrario es discriminar a aquellos clientes que han actuado de forma coherente contratando el suministro con un comercializador. Y termina *“Será necesario igualmente dar una solución definitiva, con garantías suficientes para los suministradores, a los suministrados a consumidores con características especiales, a través de mecanismos de contratación bilateral, solución en la que deben colaborar los generadores de electricidad”* (folios 3069-3070).

En un documento de junio de 2008 se dispone que *“Independientemente de que la derogación del RD-Ley [se refiere al Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre, por el que se detrae de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero] en el marco de dicha derogación completa, existe el compromiso de que las empresas eléctricas establezcan contratos hasta como máximo el año 2012 con los tres clientes de la G4 y con el colectivo de clientes industriales de los sectores citados a continuación y que se demuestre por parte del Ministerio que tienen problemas de viabilidad en su paso al mercado”*

Se propone que esta posición sea la que el Presidente de UNESA comente verbalmente al Ministerio (folios 3066-3068).

Existe un borrador de carta al Ministro en el que se propone el procedimiento a aplicar a los consumidores que dejan de tener el acceso al mercado a tarifa en el sector eléctrico el 1 de julio de 2008 en virtud del Decreto 871/2007, en términos similares a los que se regularon para el sector del gas natural, que de acuerdo con el documento se resume en:

- *A partir del 1 de julio de 2008 los consumidores acogidos a tarifas generales de alta tensión y tarifas THP deben suministrarse en el mercado liberalizado.*
- *Las empresas distribuidoras deberán comunicar lo anterior a dichos consumidores, advirtiéndoles que en caso de que no contraten el suministro con un comercializador se procederá a la suspensión del suministro en los términos señalados en el apartado siguiente.*
- *En caso de que los consumidores no acrediten disponer de un contrato con un comercializador, los distribuidores procederán a la suspensión del suministro a dichos consumidores entre los días 1 y 10 de octubre.*
- *El consumo efectuado hasta la suspensión se facturará al precio de la tarifa 3.0.2.*
- *En caso de que el distribuidor no pueda realizar la suspensión de suministro, lo comunicará a la CNE quien designará a un comercializador que asumirá el suministro a un precio máximo equivalente a la tarifa 3.0.2.*

La Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2008 consagra el fin de las tarifas en alta tensión a partir de 1 de julio de 2008. En su Disposición Transitoria Primera, en línea con la propuesta antes citada, establece lo siguiente:

“1. La energía eléctrica consumida por los consumidores acogidos a tarifas generales de alta tensión, tarifa horaria de potencia y tarifas de riegos de alta tensión que no hayan procedido a la suscripción del contrato de suministro en el mercado libre a partir de 1 de julio de 2008 será suministrada y facturada por el distribuidor al que esté conectado aplicando el primer mes el precio de la tarifa 3.0.2, con el complemento de energía reactiva y el tipo de discriminación horaria que tuviera contratada el consumidor. Dicho precio se incrementará mensualmente un 5%”.

El 1 de agosto de 2008 AEGE envía al Presidente de UNESA el “Plan de Acción” presentado al MITYC que se reenvía a sus asociadas. Iberdrola considera que dicho Plan es inaceptable y que “AEGE ya no es interlocutor válido” (folios 2882-2884 y 3073-3081). El Plan de Acción hace hincapié en la importante subida del precio de la electricidad que ha tenido que soportar la industria básica como consecuencia del paso a mercado libre el 1 de julio de 2008 y recoge la siguiente propuesta:

“En estos momentos, las diferencias indicadas suponen para las empresas afectadas un incremento del coste de energía eléctrica de 40 M€ al mes, que es necesario reconducir de forma inmediata tanto por las propias cuentas de explotación de las empresas como por las tomas de decisión de inversiones, que las multinacionales necesitan adoptar con rapidez.

Para conseguirlo, AEGE propone el siguiente esquema de esfuerzo compartido por las partes implicadas:

- Por parte de la industria asumir un incremento de los precios de compra hasta el entorno de 35€ MWh, como valor mínimo y 45-50€ MWh como valor medio, que son los referentes en Francia.*
- Por parte de los proveedores eléctricos, fórmulas basadas en costes del mix de generación español a plazos de, al menos, 5 años.*
- Disminución de los costes regulados que gravan o se añaden al precio de compra, si bien vinculados a compromisos por parte de la industria de apoyo al control de tensiones y aprovechamiento de líneas.*
- Desarrollo normativo del concepto de interrumpibilidad ex ante, o medioambiental, diseñada para empresas capaces de ceder al menos el 50% de su potencia máxima demandada durante las horas de máxima demanda del sistema, de forma programada o consensuada con el Operador del Sistema.*
- Reajuste de la base de referencia impositiva, para que el conjunto de supuestos no supere el 5,11% del precio final de la electricidad.*
- Todo ello bajo formatos que prevean y conduzcan a la contratación a largo plazo basada en costes de generación coherentes con el mix español y la forma de trabajo de la industria básica”.*

Un documento de UNESA, de noviembre (folio 3082), señala que “de las reuniones con el Ministerio se desprende” que, en relación con los grandes clientes, habría que firmar contratos por 5 años, prorrogables a 10, en particular en la G4, asumiendo un esfuerzo de

470 millones de euros anuales y con otros clientes, asumiendo 650 millones de euros anuales más”.

También en noviembre se elabora un borrador de “*acuerdo global sobre el sector eléctrico*” (folios 3084-3088) en el que se recoge que “*debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que todas las empresas eléctricas y no solamente las de UNESA deberían de participar, de una u otra forma en este esfuerzo conjunto, en el que podría considerarse [...] establecer contratos en condiciones de precio, plazo y cláusulas de revisión, para un período de cinco años con clientes con uso intensivo de electricidad, que no superen sustancialmente los actuales niveles de tarifa más déficit*”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Normativa aplicable

La conducta imputada se habría iniciado según la DI estando vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 24 de junio de 2009, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición Transitoria Primera de esta norma.

Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 1.1 las mismas conductas. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra.

En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos normas de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario aplicar una de ellas, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para las empresas imputadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Por razones similares a las expresadas en determinados precedentes (Expte. S/0120/08, Transitarios; Expte. S/0086/08. Peluquería Profesional), en el caso de conductas de infracciones del artículo 1 protagonizadas por empresas el régimen sancionador de la Ley 16/1989 no puede considerarse más favorable. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones previsto en la Ley 15/2007 e inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que pueda verse involucrada en la conducta una asociación, siempre y cuando la sanción a imponerle no supere de los 901.518,16 € previstos como límite por el artículo 10 de la Ley 16/1989 de acuerdo con la interpretación dada al mismo por la doctrina (Expte. 312/99 Vinos de Guipúzcoa).

En vista de ello, se considera que la normativa de aplicación en el presente caso es la Ley 15/2007.

El Consejo comparte con la DI que la conducta imputada también es susceptible de infringir el art. 101 del TFUE, por cuanto en el acuerdo han participado las cinco principales empresas del sector eléctrico español. A este respecto, las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en el art. 81 del TCE, con base en la jurisprudencia comunitaria, afirman que los acuerdos que abarcan la integridad del territorio de un Estado miembro producen *“por su propia naturaleza el efecto de consolidar la compartimentación de los mercados a escala nacional impidiendo la penetración económica que el Tratado pretende lograr”* (párrafo 78).

SEGUNDO. Alegaciones de indefensión

Algunas de las partes han hecho determinadas alegaciones de indefensión que procede resolver previamente.

ENDESA alega la nulidad de la actuación inspectora de la DI porque con ella, supuestamente, se habrían violado derechos fundamentales de las partes. En particular, tal acto de investigación vulneraría lo dispuesto en el 18.2 y el 24 CE por falta de motivación, desproporción y violación de las comunicaciones abogado cliente, entre otros motivos.

UNESA interpuso en su día recurso contra la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 por entender que se habrían violado los artículos 18.1, 18.2 y 24.2 de la CE. Dicho recurso se inadmitió mediante Resolución de 14 de diciembre de 2009 (Expte R/0030/09). En aquella Resolución, a la que nos remitimos, el Consejo tuvo la oportunidad de analizar, valorar y pronunciarse sobre las cuestiones que ENDESA alega, razón por la que no va a entrar de nuevo en ello ahora.

Dicha Resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional el 11 de febrero de 2010. UNESA solicitó la adopción de medida cautelar de suspensión de la ejecución de la Resolución recurrida. Mediante Auto de 24 de mayo de 2010 la Audiencia Nacional falló que no ha lugar suspender la ejecución de los actos administrativos impugnados. No se ha resuelto a fecha de hoy el recurso presentado por lo que, con pleno respeto al principio de tutela judicial efectiva, procede esperar al pronunciamiento del órgano revisor, rigiendo hasta dicho momento, conforme al artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos.

Gas natural alega que se ha producido una modificación sustancial del expediente a través de sucesivas ampliaciones de su alcance, desconociendo su verdadero objeto hasta la notificación del PCH. Se refiere a la ampliación de la incoación a las matrices pocos días antes de dictar el PCH. Iberdrola también considera que se ha vulnerado su derecho de defensa de por su tardía imputación.

De acuerdo con el artículo 50.3, el PCH es el documento donde se debe recoger los hechos que constituyen infracción administrativa y concretar la imputación a los efectos de que los administrados puedan ejercer su derecho de defensa. La norma no establece un plazo mínimo que deba transcurrir entre la incoación del expediente contra una empresa y su

imputación. En el presente caso, según se recoge en los Antecedentes de Hecho, la DI notificó el PCH el 6 de mayo de 2010 concretando las conductas que se imputan, de manera que las partes han podido ejercer debidamente su derecho de defensa, gozando para ello los distintos instrumentos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a todo imputado en un procedimiento sancionador.

En todo caso, la ampliación de la incoación a Iberdrola S.A se produjo mediante Acuerdo de la DI de 30 de abril de 2010 que fue recurrido por dicha empresa. El Consejo resolvió su inadmisión mediante Resolución de 2 de junio de 2010 (Expte. R/0044/10, IBERDROLA). Dicha Resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, por lo que no es todavía firme.

Gas natural considera causa de indefensión el hecho de que el PCH no se le haya notificado también a las filiales. La DI ha notificado el PCH a las matrices, que es a quienes ha considerado responsables de la conducta. El análisis de la atribución de responsabilidad se trata en Fundamentos de Derecho posteriores. En todo caso, en la medida en que las filiales no son imputadas, los actos que se hayan adoptado en este procedimiento no pueden generarles indefensión.

También GAS NATURAL alega otras anomalías temporales que suponen un quebranto del derecho de defensa. En concreto, la solicitud de informe a la CNE se produjo una vez remitido el PCH y la parte considera que este no es el momento procesal oportuno, sino antes del PCH. Sin que proceda aquí entrar a valorar cuál es el momento más pertinente para la petición de dicho dictamen, no cabe admitir la alegación porque en ninguno de los dos supuestos que plantea –petición antes o después del PCH- se genera a las partes indefensión, siempre que se haya dado a los interesados acceso al mismo y posibilidad de formular alegaciones valorándolo, lo que se ha hecho.

Por otro lado, considera la misma empresa que al dictarse la Propuesta de Resolución a pocos días del final del plazo de 12 meses previsto en la norma se ha impedido la prórroga del plazo de alegaciones, lo que supone un grave quebranto del derecho de defensa. Como ya ha tenido oportunidad de manifestar este Consejo en múltiples ocasiones, la ampliación por la DI del plazo legal de 15 días para formular alegaciones al PCH o a la Propuesta de Resolución no es un derecho del administrado, sino una potestad discrecional de la CNC. Con la denegación motivada de la prórroga no resulta posible violar el derecho de defensa ni se puede generar indefensión a las partes, que en todo caso han disfrutado del plazo previsto por la Ley para realizar el trámite correspondiente. No está de más recordar, en este sentido, que conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la LRJAP-PAC, los plazos no vinculan solo a la Administración, sino también a los interesados en los procedimientos.

UNESA e Hidrocantábrico manifiestan que los Hechos Probados contienen numerosas valoraciones subjetivas que no se corresponden con la documentación que figura en el expediente. También Iberdrola y Gas natural alegan que se hace una interpretación sesgada de la evidencia y que se cae en la arbitrariedad en el análisis de la documentación que obra en el expediente al ignorar documentos que no corroboran las tesis de la DI.

Tras un exhaustivo análisis de la documentación que obra en el expediente y a la que han tenido acceso las partes imputadas, el Consejo ha podido comprobar que lo enunciado por la DI como Hechos Probados se encuentra apoyado en la documentación que obra en el

expediente y así se hace explícito y se detalla en los Hechos Probados de esta Resolución. Atendiendo a las alegaciones de las partes, se ha tomado nota de aquellas informaciones inexactas en cuanto a fechas de reuniones o posibles interpretaciones erróneas de documentos, lo que queda reflejado tanto en los hechos probados como en la valoración jurídica de las conductas. Asimismo, se ha atendido debidamente a la alegación reiterada por la mayoría de las partes de que no se estaba teniendo en cuenta suficientemente el contexto jurídico económico en el que se inscriben las conductas.

En relación con la alegación de Iberdrola de que con respecto a la conducta de fijación de condiciones comerciales a los grandes clientes la DI se limita a referirse a un anexo que contiene una relación de documentos, lo cual no constituye una exposición suficientemente clara de los hechos imputados que permita ejercer debidamente el derecho de defensa, este Consejo discrepa de tal apreciación. La DI relata una serie de hechos probados que permiten entender la imputación, se discrepe o no de la calificación que les da, y consecuentemente ejercer el derecho de defensa, como de hecho Iberdrola ha podido hacer.

TERCERO. Conductas imputadas por la DI

La DI identifica dos conductas colusorias que tipifica como muy graves de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC.

Primero, una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la LDC así como por el artículo 101 del TFUE, por la actuación de Iberdrola, S.A., Endesa, S.A., E.on España S.L., Gas Natural SDG, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., valiéndose de UNESA, desde mayo de 2007 hasta julio de 2009, consistente en adoptar y poner en práctica una estrategia de coordinación tendente a obstaculizar los cambios de suministrador. Conforman esta conducta de acuerdo con la DI los acuerdos sobre los datos de validación exigibles para acceder al SIPS, el acuerdo de no atender las solicitudes de una comercializadora, la coordinación para denegar el acceso al SIPS amparándose en el ejercicio de una acción judicial contra la norma que lo estipulaba y el acordar el corte de operaciones y, por tanto, la posibilidad de realizar solicitudes de cambio de suministrador en unas fechas determinantes.

Segundo, una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la LDC así como del artículo 101 del TFUE, por la actuación de Iberdrola, S.A., Endesa, S.A., E.on España S.L., Gas Natural SDG, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., valiéndose de UNESA, consistente en adoptar, entre febrero de 2006 y enero de 2009 una estrategia para fijar e intentar aplicar diversas condiciones comerciales y de contratación. Conforman esta conducta de acuerdo con la DI una serie de actuaciones cuyo objeto *per se* es anticompetitivo, como son la difusión y posible utilización de un determinado modelo de factura; la elaboración y utilización de un modelo de contrato de suministro de energía y la fijación de las condiciones de contratación con los clientes con gran consumo de energía.

La DI considera que en ambos casos la intervención de UNESA ha consistido en favorecer la coordinación entre las empresas eléctricas, dotarlas de un foro estable de actuación y consolidar los acuerdos alcanzados por las mismas otorgándoles una validez formal a través de los órganos de gobierno de la asociación, excediendo, por tanto, las funciones que corresponden a una asociación y lo que puede considerarse una legítima asistencia.

CUARTO. Alegaciones de las partes

El Consejo ha considerado con atención todas las alegaciones presentadas de las que, por su extensión y grado de detalle, aquí sólo procede realizar una síntesis.

Alegación general

La mayoría de las partes coinciden en alegar que el PCH presenta como ilícitas actuaciones perfectamente lícitas en defensa de los intereses de los asociados que constituyen el ejercicio de derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva.

UNESA facilita la unidad de interlocución con la Administración. Lo hace a través del Consejo Consultivo de Electricidad, tal y como está legalmente previsto, y también desde un plano informal que permite la elevación de propuestas de normativa o modificaciones de la misma. En opinión de UNESA, se quiere presentar como ilícito el intercambio de ideas y propuestas entre empresas en el seno de una Asociación sectorial con este fin. Se trata de una coordinación que afecta a la relación de las empresas con los poderes públicos para el mejor desarrollo del marco normativo, que no tiene por objeto la restricción de la competencia y que no puede dañar al bien común porque vendrá contrarrestada por la actividad paralela de otros grupos y por la propia Administración. Sólo una vez que los poderes públicos dictan la regulación correspondiente las empresas deben decidir autónomamente su conducta en el mercado dentro del marco normativo establecido. Se cita a este respecto doctrina diversa y, en particular, la Sentencia del TG de 12 mayo 2010 en el asunto T-432/05.

Base probatoria endeble y ausencia de infracción

Las partes también coinciden en subrayar que la instrucción no ha sido capaz de probar ninguna concertación anticompetitiva. Las alegaciones manifiestan que no se han acreditado las infracciones y se ha presupuesto el carácter anticompetitivo de las conductas.

Respecto a la obstaculización del cambio de comercializador:

- No está probada la supuesta coordinación para no atender a los requerimientos de Céntrica. Lo que dice el acta es “*En relación con las denuncias realizadas por Céntrica, se acuerda que UNESA no atienda ningún requerimiento de esta entidad*”. Pero no es UNESA quien da acceso al SIPs ni se puede interpretar por “UNESA” sus miembros. No se acredita la intencionalidad que se le presume a una frase que puede tener explicaciones alternativas.
- No se ha demostrado la adopción de acuerdos para determinar los datos exigibles para el acceso al SIPs con el fin de perjudicar a terceros. Lo que consta es que las eléctricas trabajaron sobre meras propuestas de trabajo. Por otro lado, la homogeneización de los criterios de acceso al SIPs no sólo no distorsiona la competencia sino que beneficia a las comercializadoras y viene refrendada por el 39.3 LSE. Tales datos provienen de un documento elaborado por la CNE Flujograma de procesos de 2002. El PCH lo reconoce así (apdo 67). Los grupos de trabajo de UNESA después se limitaron a explorar la manera de simplificarlo (Hidrocantábrico). Se eligió el CUPs porque su carácter cuasi personalísimo equivalía a que el comercializador disponía de la conformidad.

- La supuesta coordinación en relación con la DA 3ª de la Orden ITC/3860/2007 de 28 de diciembre y el recurso sobre la misma para dificultar el acceso al SIPs no es más que el ejercicio de un derecho constitucional. Gas Natural argumenta que el ejercicio de acciones judiciales sólo puede resultar restrictivo de la competencia excepcionalmente cuando se dan dos requisitos aplicados de manera restrictiva i) no pueda considerarse razonablemente que tengan por objeto hacer valer sus derechos y ii) estén concebidas en el marco de un plan que tiene por objeto suprimir la competencia. El hecho de que la Audiencia Nacional suspendiera cautelarmente la orden impide afirmar que el recurso careciera de todo fundamento y que hay un abuso de la tutela judicial efectiva.
- No ha demostrado un supuesto acuerdo para el corte de operaciones con motivo de la entrada en vigor del SUR. Cada distribuidora suspendió la gestión sobre diferentes solicitudes en BT y en momentos diferentes del tiempo. Iberdrola considera que más bien consta acreditado que las distribuidoras informaron a las comercializadoras que el corte de operaciones no afectaría a sus solicitudes. Varias alegaciones ponen de manifiesto que las partes se informaron mutuamente de sus problemas de cara a la implantación del SUR, pero no se acordó un corte de operaciones. UNESA argumenta que, dado que se trata de una actividad regulada, estos intercambios de información no afectan a la competencia. De hecho, en la medida en que buscan facilitar el paso al suministro liberalizado deberían estimarse procompetitivos. Se trata de un cambio normativo sin precedentes para el que las empresas tuvieron poco tiempo. Todas argumentan que no cortaron operaciones.

Según Iberdrola y E.on, no obra en el expediente prueba de que los días anteriores a la entrada al 1/7/2009 fueran claves. La desaparición de las tarifas en esa fecha no fomenta el cambio porque aparece otra tarifa regulada: la TUR.

Según UNESA y Endesa, la DI comete un error al referirse al citar el acta de 14/2/2007, lo que alarga artificialmente la duración que se le atribuye a la conducta.

Endesa considera que si el corte no se puso en conocimiento de la Administración es porque resultaba una obviedad. También reitera que la migración de los clientes CUR se produjo a partir del 1 de julio de 2009 y no antes.

Endesa e Hidrocantábrico manifiestan que no existe decisión de las empresas adoptada en el Comité de Regulación de 18 de febrero de 2008 de migrar a los clientes a TUR antes de pasar a mercado libre.

Las partes también manifiestan mayoritariamente que la DI ignora los informes del MITyC y de la CNE emitidos en el marco de este expediente, especialmente en lo que se refiere al corte de operaciones.

Respecto a la coordinación de las políticas comerciales:

- Todas las partes coinciden en que la DI se refiere a conductas aisladas e inconexas que no constituyen una estrategia para fijar condiciones de contratación. Factura, contrato tipo y negociación con los grandes clientes AEGE no tienen la debida conexión –ni temporal ni por su objeto- ni la DI la justifica. En el PR la DI ha admitido que la coordinación referente a la factura y al contrato tipo hace referencia a la actividad

regulada mientras que la negociación con AEGE hace referencia al mercado libre. Pero no extrae las conclusiones que de ello se derivan a efectos de imputación de las conductas.

- No ha demostrado la supuesta adopción de acuerdos en relación con un contrato tipo. Sólo consta que UF circuló una propuesta. A ello se añade que no se ha realizado instrucción para revisar ese contrato tipo ni se han analizado los modelos de contrato de suministro de las empresas para ver si hay alineación, lo que impide alegar contra su legalidad. UNESA y Endesa alegan que el artículo 79.4 del RD 1955/2000 establece que es competencia del Ministerio elaborar contratos tipos de suministro y acceso a las redes, aunque no había procedido a ello. Se trataba de consensuar unos modelos de contrato y elevarlos como propuesta, lo cual no se llegó a hacer. Por otro lado, no se ha demostrado su objeto anticompetitivo. El acuerdo no era susceptible de afectar a la competencia puesto que en 2007 el suministro era una actividad regulada. Podía ser incluso una conducta generadora de eficiencias.
- Las partes coinciden en que la finalidad de sustituir la factura por el recibo bancario no fue privar a los clientes de información. Varias de las partes narran que tradicionalmente las empresas ha solicitado al Ministerio la aprobación del modelo de recibo. A la vista de los cambios normativos (DA 14ª del RD 485/2009 de puesta en marcha del suministro TUR y DA 7ª de RD 1578/2008 que preveía la facturación mensual) y del impulso que le dio la Administración a los temas de e-factura se mantuvieron reuniones sobre el tema facturación en el seno de UNESA. Se decidieron elevar propuestas al Ministerio que buscaban minimizar los costes de la gestión comercial ante la facturación mensual. La DI solo prueba que las empresas discutieron una propuesta de factura a proponer al MICyT, pero ni siquiera consta que se propusiera. La DI da argumentos especulativos e infundados para evidenciar mala fe por parte de las empresas, que no hubo. No se trataba de reducir la competencia sino de ahorrar un extracoste.

Endesa señala que el RD 1578/2008 no se ha modificado y se sigue enviando la factura mensual.

En todo caso, algunas partes (E.ON, Gas Natural) señalan que los clientes pueden tener acceso a esa información por otras vías.

- Coordinación en las condiciones de contratación con AEGE. Algunas partes (Iberdrola) consideran que la descripción de los hechos es parcial y poco concluyente. Iberdrola considera que no existe en el expediente evidencia de concertación entre los miembros de UNESA, ni mucho menos prueba de la participación de Iberdrola. Endesa y Gas Natural argumentan que no está claro en el PCH si la conducta imputada consiste en una concertación de las eléctricas previa a la negociación con AEGE o la propia negociación con AEGE.

UNESA describe el contexto. Ante la desaparición de las tarifas para clientes industriales, la Administración trató de evitar cambios bruscos para tales clientes. Fue la propia Administración quien reclamó que ambas partes llegaran a un acuerdo fijando las pautas que debían seguir y los objetivos a alcanzar. Por eso UNESA hizo estudios sobre escenarios de subida y potencial impacto sobre los clientes.

Las partes señalan que no había voluntad anticompetitiva. Varias de ellas señalan que, de hecho, las empresas eléctricas se veían perjudicadas con esta negociación instada por las Administraciones Públicas.

En definitiva, a juicio de las partes las conductas o bien no están acreditadas, o no constituyen acuerdos a los que les sea de aplicación el art. 1 de la LDC o no tienen un objeto anticompetitivo.

En opinión de algunas de las partes, esta imputación de conductas sobre una base probatoria endeble vulnera la presunción de inocencia.

Infracción única y continuada

Las partes argumentan con respecto a las dos conductas que no se puede concluir que se trate de infracciones únicas y continuadas. Las actuaciones no tienen un único y común objeto anticompetitivo, no existe semejanza entre ellas y no presentan un vínculo de complementariedad (falta de coincidencia en el periodo de aplicación, en su contenido y en su objetivo). Se cita la Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto Cajas Vascas para argumentar que las conductas sólo podrían amalgamarse en una infracción única por tener un objeto anticompetitivo común y que este no es el caso. Algunas partes (E.ON, Hidrocantábrico) alegan que la coordinación de actuaciones frente a terceros competidores no puede presumirse infracción por objeto.

Ne bis in ídem

Algunas partes esgrimen este principio con ciertos matices.

Endesa considera que la conducta de negar el acceso al SIPS a Centrica ya se sancionó en los expedientes sancionadores que por abuso de posición de dominio se tramitaron contra las distribuidoras por denuncia de Centrica. La diferencia con el anterior sancionador es la conducta que se pretende punir (acuerdo o conducta unilateral). Los art 1 y 2 de la LDC no contienen dos prohibiciones distintas.

UNESA invocan el principio de non bis in ídem al alegar sobre la conducta de coordinación respecto de los datos de validación de ficheros para acceso al SIPS y Gas Natural con un carácter más general, englobando a varios de los supuestos acuerdos. Consideran que no es posible aplicar los art 1 y 2 de la LDC a los mismos hechos y que el supuesto acuerdo que se persigue consiste en ejecutar la conducta ya sancionada.

Iberdrola considera que la configuración de las conductas que la DI imputa así como la imputación a la matriz se ha realizado para soslayar el principio de non bis in ídem.

Confianza legítima

También las partes coinciden en que debe aplicarse el principio de confianza legítima a la valoración de las conductas, especialmente en relación a la fijación de condiciones a los grandes clientes. La propia DI se refiere a los contactos que las eléctricas y los AEGE mantuvieron con el Gobierno. Fue el MICyT quien indicó a UNESA las pautas que debían regir la contratación con AEGE y convocó las reuniones de acuerdo con el propio anexo del PCH. Iberdrola detalla estos contactos con el MITyC. Cita también las comparecencias del Ministro ante el congreso de los Diputados.

Endesa e Iberdrola ponen de manifiesto que si con todo se las considera culpables, se reservan el correspondiente ejercicio de responsabilidad patrimonial ante el Estado.

Sobre la imputación de responsabilidad

E.ON considera que su participación en las conductas se deriva de su condición de miembro de UNESA. Las conductas se desarrollan exclusivamente en el seno de UNESA. No podrían haber sido llevadas a cabo sin su participación. Dado que se considera a UNESA el vehículo esencial de la conducta, si existe infracción es responsabilidad de UNESA. Los miembros no son responsables de su conducta. Por ello, multar a UNESA y a las empresas quebraría el principio de *non bis in idem* y equivaldría a sancionar doblemente a los asociados. Cita doctrina del TDC que supuestamente ratifica este enfoque. Caso de considerar que hay conducta prohibida, se debe sancionar a UNESA por recomendación colectiva.

ENDESA también coincide en que no se puede sancionar a una Asociación y a sus miembros por las mismas conductas, incluso si se hace bajo distinta calificación jurídica. No obstante, a diferencia de E.ON considera que no es procedente la imputación a UNESA puesto que la conducta sancionada solo es imputable a las empresas socias de UNESA, sin que la Asociación haya tenido ninguna intervención.

UNESA se suma a la alegación de *ne bis in idem*. Puede ser supuestamente el autor de la conducta o serlo sus miembros, pero no es un ente autónomo que se sume al acuerdo. Solicita por todo ello el archivo de las actuaciones con respecto a UNESA. Si se considera que la RCNC de 14 de diciembre de 2009 (Expte R/0030/09) impugnada es conforme a derecho, no se entiende cómo se puede volver a imputar a UNESA por la misma conducta.

Las partes (Iberdrola, Endesa, UNESA e Hidrocantábrico) señalan que no se puede imputar a la matriz una conducta que afecta a la actividad de distribución, máxime cuando vienen sujetas a una obligación de separación de funciones impuesta por el art. 14 de la LSE cuyo cumplimiento no ha sido objetado por ninguna instancia. IBERDROLA añade que se trata de una vulneración del principio de individualidad y responsabilidad de las sanciones. La separación de actividades impide la aplicación automática del 61.2.

Ausencia de efectos

Las partes consideran que la realidad del mercado demuestra que las prácticas no han producido ni pueden producir efecto anticompetitivo alguno. Se aporta evidencia de diferente tipo a este respecto basada en datos del mercado: cuotas de las comercializadoras en sus zonas de distribución (E.ON), solicitudes procesadas (E.ON, Endesa) en los meses del periodo crítico del cambio al SUR (E.ON) y análisis de los rechazos (E.ON). También argumentan sobre las manifestaciones del MITyC en su informe al respecto.

Iberdrola manifiesta que en la Propuesta de Resolución se trata de vincular la falta de competencia en la comercialización a las conductas imputadas sin establecer ningún nexo causal. De los datos se deduce que no hubo discriminación entre comercializadoras verticalmente integradas y otras, los porcentajes de la solicitud están condicionados por la calidad de los datos de la solicitud y ninguna comercializadora ganó o perdió clientes por el corte de operaciones porque el cliente se capta antes de la solicitud y activación del ATR.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 30/92, esta Resolución resuelve sobre todas las cuestiones planteadas en el seno del expediente. No obstante, en atención a la amplia variedad de cuestiones que suscitan y al volumen de las alegaciones formuladas por las partes (si bien muchas coincidentes), la Resolución no sigue exhaustivamente y una por una todas las alegaciones formuladas por cada una de las partes interesadas en este expediente sancionador, pues conforme a la jurisprudencia basta que la contestación sea incluso implícita, siempre que la fundamentación jurídica de la Resolución permita a los interesados conocer las razones jurídicas que motivan el contenido de la parte dispositiva, y a los órganos jurisdiccionales disponer de los elementos suficientes para ejercer plenamente su función revisora (entre otras, STJUE 18/05/2006, As. C-397/03 P, párrafo 60).

QUINTO. Cuestiones previas

La mayoría de las partes coinciden en alegar que el PCH presenta como ilícitas actuaciones perfectamente lícitas en defensa de los intereses de los asociados que constituyen el ejercicio de derechos fundamentales. En vista de ello, el Consejo cree necesario aclarar esta cuestión con carácter preliminar.

Las cinco principales empresas de electricidad del país tienen en UNESA, a la vista de la asiduidad de las reuniones y contactos, un foro permanente de intercambio de pareceres y coordinación sobre aspectos muy diversos del sector. Se abordan, entre otros, temas regulatorios, retributivos y de relación con terceros agentes. Muchos de estos temas tienen un impacto más o menos directo en la política comercial de las empresas.

Las empresas en el seno de UNESA y a través de ella, coordinan estrechamente su actividad de lobby. El diccionario de la Real Academia Española define lobby como grupo organizado para presionar en favor de determinados intereses. En particular, con la actividad de lobby se pretende influir eficazmente en las decisiones de las administraciones públicas. Para ello, valiéndose de UNESA, emplean diferentes instrumentos.

Primero, utilizan su capacidad de propuesta normativa, tanto proponiendo a la administración normas o modificaciones de normas, como haciéndole llegar sus comentarios sobre ellas. De la documentación que obra en el expediente se observa que las cinco empresas consensuan sus opiniones que se ven plasmadas en los documentos o propuestas normativas que elabora y hace llegar a la administración UNESA. UNESA también representa a las cinco empresas en el seno del Consejo Consultivo de la Electricidad. Segundo, las empresas, valiéndose de UNESA, recurren de común acuerdo y con cierta asiduidad normas que afectan a sus intereses, ejercitando su derecho a la tutela judicial efectiva. La decisión de recurrir la adoptan las empresas a través de los órganos de Gobierno de la Asociación. El Comité Jurídico, al que asisten representantes de todas las empresas, lleva el control y seguimiento de estos temas. Por último, las asociadas coordinan sus actuaciones en relación a temas diversos para la mejor defensa de sus intereses en el seno de los diferentes comités con instrumentos de naturaleza variada y distinta de los anteriormente citados.

Debe dejarse sentado, en contra de lo que manifiestan las partes, que no se pone en cuestión el Derecho de Asociación. Como no puede ser de otra manera, la CNC opera con pleno respeto de los principios y derechos constitucionales. Pero no puede pretenderse que

la actividad de una asociación, por el simple hecho de ser una asociación, quede excluida, en términos generales, del análisis del derecho de la competencia ni que dicho análisis, en el caso de efectuarse, suponga una vulneración del derecho de asociación. Dicho de otro modo, ni el derecho reconocido por el artículo 22 de la CE ampara las prácticas anticompetitivas en que pueda incurrir una asociación, ni el examen que pueda hacer la Administración de una actuación concreta supone, siempre que se haga a través de un procedimiento con todas las garantías, infracción alguna de derecho fundamental.

Debe recordarse que todos los derechos fundamentales están sujetos a límites o condiciones de ejercicio por la necesidad de compatibilizar su ejercicio con otros derechos o intereses necesitados de protección. Ha de recordarse la doctrina del Tribunal Constitucional, que en relación con la libertad aquí invocada, sintetiza el Auto 254/2001, de 20 de septiembre: *“En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (entre otras muchas SSTC 11/1981, 2/1982, 91/1983, 22/1984, 110/1984, 77/1985, 159/1986, 120/1990, 181/1990 y 143/1994)”*.

Singularmente, entre los derechos y bienes jurídicos que pueden limitar el alcance del derecho de asociación se encontraría, por mandato del artículo 38 de la Constitución, la protección de la libertad de empresa en el marco de la libre competencia. Como reitera la sentencia 112/2006 del Tribunal Constitucional, de 5 de abril, *“[D]entro de las medidas necesarias para la protección de dicha libertad hemos reconocido la especial importancia de las de defensa de la competencia considerada ésta como «una defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» (STC 88/1986, de 1 de julio, F. 4)”*.

En particular, este derecho encuentra un límite en la prohibición de las conductas colusorias contemplada en el artículo 1 de la LDC. La expresión “conductas colusorias” comprende todas aquellas conductas o prácticas empresariales mediante las cuales los agentes económicos independientes entre sí coordinan su comportamiento competitivo, sustituyendo su autonomía individual por alguna forma más o menos explícita y más o menos global de concertación.

La concertación no exige un acuerdo explícito y concreto, como las partes pretenden en sus alegaciones. El artículo 1 emplea intencionadamente (y la doctrina así lo refrenda) unos términos intencionadamente amplios para que, cualquiera que sea su forma o el instrumento jurídico que se utilice, la coordinación entre empresas pueda caer en el ámbito del art. 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. El elemento clave es la concordancia de voluntades.

En la medida en que tales conductas coordinadas tengan el objeto o puedan tener el efecto de restringir la competencia en el mercado, caerán dentro del ámbito de aplicación de artículo 1. Esto supone que pueden ser ilícitas aquellas prácticas desarrolladas por las cinco eléctricas en el seno de UNESA que persigan o tengan un resultado nocivo sobre la competencia en el mercado, en concreto dado el expediente que nos ocupa, en los

mercados de la comercialización de electricidad. Cualquiera que sea la forma que adopte esta coordinación, la prohibición tiene un carácter marcadamente objetivo, independientemente de la intención o motivación con la que se adopta.

Especial mención merece, porque se ha suscitado por las partes, la licitud de la coordinación entre las empresas para elevar propuestas normativas. Las propuestas normativas que se acuerden y se eleven a la administración pueden contener elementos restrictivos de la competencia injustificados y/o desproporcionados, restringiendo las posibilidades de acceso al mercado en beneficio de los establecidos o el cambio de suministrador. Sin embargo, en el sentido de algunas de las alegaciones presentadas, no se puede considerar que la mera concordancia de voluntades para elevar propuestas normativas como las que se describen en los Hechos Probados tenga aptitud para restringir la competencia en tanto en cuanto la Administración no convierta la propuesta en una norma o de tales propuestas se derive algún otro tipo de actuación pública o privada.

Puede ocurrir que tales propuestas, que pueden contener elementos susceptibles de ser restrictivos de la competencia, se vean refrendadas en la normativa. En tales casos, la actuación del lobby de UNESA debe encontrar su contrapeso en la facultad reguladora de los poderes públicos. A este respecto, debe entenderse que la Administración y el Poder Legislativo regulan conforme a los principios de legalidad y que las restricciones a la competencia que introduzcan, independientemente de dónde provengan, han de ser justificadas, proporcionadas y no discriminatorias. De lo contrario, puede caber la aplicación de lo previsto en el artículo 12.3 y 13.2 de la LDC, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4 de la LDC.

Entiende el Consejo que la coordinación y los acuerdos adoptados por las empresas eléctricas en el seno de UNESA para elevar propuestas de desarrollo normativo del SUR a la Administración entran dentro de este ámbito y no cabe plantearse su ilicitud desde el punto de vista del artículo 1, sin perjuicio de que sean relevantes para entender el contexto en el que se desarrollan las conductas examinadas y la intención que las orientaba.

SEXTO. Concertación de comportamientos para obstaculizar el cambio de comercializador

Las prácticas investigadas en este expediente afectarían a las actividades de distribución y comercialización, que constituyen mercados relevantes diferenciados.

Los servicios de gestión de la red de distribución de electricidad se consideran un mercado de carácter local, en línea con diversos precedentes nacionales y comunitarios, constituyendo cada red de distribución un mercado separado, dado que para el consumidor final el suministro a través de una red de distribución no es sustituible por el suministro a través de otra red.

El mercado minorista de suministro de electricidad tiene una dimensión geográfica nacional. En virtud de la normativa vigente, una empresa comercializadora puede ofertar el suministro de energía eléctrica a cualquier consumidor cualificado en cualquier parte del país, por lo que, en principio, las condiciones de competencia serían las mismas en todo el territorio nacional.

Uno de los elementos esenciales que caracterizan este mercado minorista de suministro de electricidad desde el punto de vista de la demanda es la existencia de distintos tipos de consumidores. Tanto la Comisión Europea como la CNC han definido mercados relevantes diferenciados siguiendo el criterio del tipo de consumidor. Así, se define un mercado para los grandes consumidores y otro para los pequeños consumidores, debido a las diferentes características de oferta y demanda que se observan en ambos segmentos.

Los grandes consumidores suelen ser clientes industriales que se suministran en alta y media tensión, que gozan de una mejor información y de un mayor poder de negociación y exhiben menor fidelidad a la marca. Por otra parte, el segmento de pequeños consumidores recogería principalmente a los clientes domésticos y PYMES, suministrados en baja tensión, peor informados y menos capaces o dispuestos a negociar con un comercializador. Como resultado de estas diferencias, los precios obtenidos por unos y por otros son sustancialmente distintos, existiendo además una mayor tasa de cambio de suministrador en los grandes consumidores, que se caracterizan por una mayor elasticidad del precio de su demanda.

Esta diferencia también se ha hecho notar en el ámbito de la regulación, dando lugar a que el proceso de liberalización no haya sido homogéneo y haya seguido un calendario distinto para uno y otro tipo de consumidores.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y sus modificaciones supusieron un avance en el proceso de liberalización introduciendo la figura del cliente cualificado y adelantándose el calendario de legibilidad (ver Hecho Probado 2.1). No obstante, los clientes domésticos mayoritariamente siguieron suministrándose a tarifa del distribuidor sin ejercer su capacidad de elección de comercializador en el mercado libre (sólo un 7% salió al mercado). El nivel tarifario y las propias características de estos clientes antes mencionadas han sido factores que han contribuido a este hecho de forma determinante. Esta permanencia de los pequeños clientes con el distribuidor hace que éste posea una información sobre las características de los puntos de suministro y el perfil de consumo de los clientes que, con la liberalización, cobra una importancia mucho mayor.

De ahí que el nuevo impulso liberalizador que la Ley 17/2007, de 4 de julio pretendía, en concordancia con la Directiva 2003/54/CE, forzar a los clientes a salir al mercado y que los comercializadores pudieran competir por ellos de manera efectiva. Como se deduce de la Sección 2.2 de los Hechos Probados, para ello la norma contemplaba: 1) La supresión de las tarifas, aunque para los clientes domésticos más pequeños se contempla la TUR, con vocación de que sea fijada y actualizada de manera que no se desincentive la salida de los clientes al mercado y 2) favorecer un marco que propiciara la competencia entre comercializadores. Este marco se asienta, entre otros, en los siguientes elementos:

- Mayor separación funcional entre distribución y suministro. La actividad de los distribuidores debe limitarse a la transmisión de la electricidad desde la red de transporte a los puntos de suministro, a la gestión de las redes de distribución y a la gestión del sistema de información de puntos de suministro (SIPS). El Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre ya preveía un acceso telemático y gratuito al SIPS, sin establecer condiciones al mismo, y contemplaba el derecho de oposición del cliente (Ver Hecho Probado 2.1). Citando de nuevo a la CNE: *“el acceso al SIPS y la gestión de las operaciones de cambio vía telemática son dos herramientas imprescindibles*

para hacer efectivos los cambios de suministrador y, por tanto, para el desarrollo efectivo de la competencia en el mercado minorista”.

- La actividad de suministro deben desempeñarla los comercializadores, incluidos los CUR.
- Una Oficina de Cambio de Suministrador que asegure el buen funcionamiento de los procesos de salida al mercado de los clientes y de cambio de suministrador.

Los Hechos Probados (sección 2.3) dejan constancia de que las empresas eléctricas han coordinado su comportamiento para influir en la configuración de este nuevo marco. Buena parte de esta influencia se ha producido a través de sus propuestas en la elaboración de la normativa de desarrollo del SUR. La Ley 17/2007 no preveía qué clientes se beneficiarían de la TUR, ni quiénes iban a ser los CUR, ni cómo iban a traspasarse los clientes. Las propuestas normativas de las eléctricas a través de UNESA sin duda han jugado un papel determinante en la configuración de estos aspectos. En particular, se ha optado por designar como CUR a comercializadores de estos cinco grupos y se ha previsto que aquellos clientes que no hubieran optado por ninguna comercializadora fueran directamente al CUR del grupo de la distribuidora, contribuyendo con ello a mantener en gran medida el *statu quo* en el suministro doméstico.

En su Informe 34/2008 sobre la propuesta de Real Decreto por el que se pone en marcha el suministro de último recurso, de 2 de diciembre de 2008, la CNE manifestaba su desacuerdo acerca de esta designación de los CUR en los siguientes términos:

“(...) se determina un lista de 5 CUR que coinciden con los 5 distribuidores de mayor tamaño. La elección de estos 5 CUR no está justificada en la información que acompaña a la propuesta de RD, ni tampoco la exclusión de distribuidores acogidos a la DT11 o de otros posible comercializadores.

Se considera que el proceso (...) debería haber sido iniciado, en primer lugar, estableciendo la retribución de las CUR y la determinación de los costes a incluir en la TUR para, en segundo lugar, solicitar la condición de candidatos a todos los distribuidores a ser CUR o, en su defecto, que el MITC hubiera establecido dicha asignación.(...)”

La solución por la que se optó, coincidente a este respecto con las propuestas de los principales grupos eléctricos, favorece la inercia en el mercado y tiene un efecto equivalente a un reparto de los clientes (si no salen al mercado, los clientes de la distribuidora van al CUR del grupo). Ello hace más difícil el acceso de los nuevos comercializadores y reduce el incentivo al cambio de suministrador.

Las empresas eran conscientes de este hecho y, como se ha descrito en Hechos Probados, una en particular advirtió del riesgo de adoptar públicamente esta postura:

[CONFIDENCIAL] (folio 1137).

De acuerdo con lo dicho en el Fundamento de Derecho Anterior, no cabe la aplicación del artículo 1 de la LDC a esta coordinación que efectivamente se produjo en el seno de UNESA entre las eléctricas para influir en la normativa en defensa de sus intereses. Pero necesariamente debe tenerse en cuenta como factor determinante del contexto jurídico económico en que se han desarrollado las conductas imputadas por la DI en su propuesta

de Resolución: la coordinación entre las eléctricas en el seno de UNESA generando sucesivos obstáculos al acceso de los comercializadores independientes a los clientes y, en definitiva, para obstaculizar el cambio de suministrador en un momento trascendente para la liberalización. En contra de lo que manifiestan las empresas, el Consejo sí considera que la DI ha probado la existencia de esta concertación anticompetitiva y así queda reflejado en el capítulo 3 de los Hechos Probados de esta Resolución.

Cuando un comercializador fue activo en sus peticiones de acceso al SIPS las distribuidoras se lo denegaron unilateralmente. Ello motivó la incoación por parte de la autoridad de competencia a principios de mayo de 2007 de sendos expedientes sancionadores contra las empresas distribuidoras de los cinco principales grupos eléctricos. Transcurridos unos días de esta incoación, en el seno del Comité de Directores, bajo el asunto “6.4.1. Expediente de los servicios de la Competencia a los Distribuidores” figura que “*En relación con las denuncias realizadas por Céntrica, se acuerda que UNESA no atienda ningún requerimiento de esta entidad*”. Las empresas han argumentado que dicho acuerdo no se refiere al acceso a los respectivos SIPS y que no se puede entender por UNESA las empresas que lo componen. Pero lo cierto es que las denuncias realizadas por Centrica se refieren al acceso al SIPS y que en la documentación que obra en el expediente a menudo se habla de UNESA al referirse a sus miembros. No se está presumiendo, como pretenden las partes, una intencionalidad anticompetitiva del acuerdo adoptado, sino que la misma se deriva del propio acuerdo y de su contexto. Las empresas no han dado una explicación coherente de qué otra cuestión se le pretendía denegar a Centrica. En todo caso, la decisión colectiva, adoptada por sus miembros, de que UNESA deniegue a Centrica lo que ésta requiera, en las circunstancias descritas, no deja de constituir un boicot a modo de represalia.

Distintas partes alegan la aplicación del principio de non bis in ídem al caso porque, en su opinión, algunas de las conductas que integran el ilícito que se examina en este expediente y, en particular, el anterior acuerdo de negativa a Centrica, ya habrían sido sancionadas por abuso de posición de dominio en los expedientes que se tramitaron contra las distribuidoras de estos cinco grupos por denuncia de Centrica (Exptes. 641/08; 642/08; 643/08; 644/08 y 645/08).

El Consejo considera que de la sección 3 de los Hechos Probados se deduce que en el presente expediente se analizan hechos y actuaciones diferentes de los que se trataron en aquellos. Ello sin perjuicio de que las conductas individuales allí analizadas guarden relación con la conducta colusoria que aquí se analiza por tener un propósito similar. Pero median entre aquellos casos y éste diferencias sustanciales. En el caso que nos ocupa la conducta analizada implica directamente a las sociedades matrices y allí se imputó a las distribuidoras. Revela una concordancia de voluntades por parte de los cinco principales grupos eléctricos del país, concertación que, sin duda, no fue el objeto de la sanción que se impuso a las empresas en los expedientes antes referenciados, de aquí la imputación por artículo 1 y no por artículo 2 como en el caso de aquellos expedientes. Esta concertación se integra por acuerdos, que no implican sólo la obstaculización de la entrada de las comercializadoras al mercado, como sucede con sus actuaciones unilaterales. Suponen también una reducción artificial de la rivalidad entre los principales operadores no acorde con lo que debe ser el desarrollo de la competencia en condiciones de mercado.

De esta forma, en este caso se entiende de hechos distintos a los ya enjuiciados en los expedientes referidos, imputados a diferentes personas jurídicas y el bien jurídico afectado por la conducta que aquí se examina presenta, a juicio del Consejo y desde un punto de vista teleológico, diferencias.

Tras haberse incoado los sancionadores, entre mayo y diciembre de 2007, las cinco empresas eléctricas acordaron, en el seno de UNESA, los datos exigibles a las comercializadoras para acceder al SIPS. Las cinco empresas, al margen de la CNE o de la administración, decidieron revisar los criterios de validación para acceder a la información sobre puntos de suministro. Al hacerlo, imponen de común acuerdo criterios que dificultan el acceso. Al menos desde la aprobación del Real Decreto 1454/2005 era patente la voluntad del regulador sobre el papel a jugar por el SIPS como instrumento para facilitar la información y el marketing de los comercializadores y reducir las barreras de entrada que experimentan. De ahí la obligación de acceso gratuita e incondicional, salvo oposición expresa del cliente. La exigencia previa del CUPS acordada por los comercializadores colisiona con estos principios y con la necesidad de que los comercializadores accedan al mismo de forma incondicionada. No hay que olvidar que el CUPS que pretenden exigir es uno de los datos que han de constar en el SIPS -al que la norma pretende facilitar que los comercializadores accedan- y que, como las mismas partes han alegado, equivale al consentimiento del cliente. Luego esta coordinación de las empresas sobre los datos a requerir para el acceso tiene también un objeto restrictivo.

Como figura en el apartado 3 de los Hechos Probados, el regulador redobla sus esfuerzos para facilitar el acceso al SIPS con la Orden Ministerial ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, cuya Disposición Adicional Tercera explicita que las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos. Ello pese a que el Real Decreto 1454/2005, a diferencia de su predecesor, no contemplaba la posibilidad de que el acceso se pudiese condicionar. Y se deja claro que la intención de la OM al subrayar esta imposibilidad de condicionar el acceso es *“facilitar el acceso de estas bases de datos de puntos de suministro y de promover la competencia”*.

De nuevo en el seno de UNESA se coordinan las empresas para reaccionar unánimemente ante esta iniciativa del ejecutivo que contradice la postura que han adoptado en común. En el seno de UNESA se acuerda la oposición a dicha orden y los motivos que pretendidamente la fundamentan. Las empresas a través de UNESA informan desfavorablemente el proyecto, de manera que la Administración tuvo la posibilidad de conocer y valorar sus argumentos de legalidad y que no obstaban a juicio de la Administración la aprobación de la Orden que se produjo, como se ha dicho, en diciembre.

Las empresas acuerdan en el seno de UNESA recurrir la Orden ITC/3860/2007 argumentando que vulnera la LOPD al no tener en cuenta la posibilidad de que el interesado exprese su negativa a ceder datos.

La posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico. Por ello, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir una infracción de la normativa de competencia. Como citan algunas de las partes, en el asunto ITT Promedia NV contra Comisión (98/C 299/49 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998 en el asunto T-111/96, ITT Promedia

NV contra Comisión de las Comunidades Europeas) se establecieron criterios para poder determinar los casos en que una acción judicial puede resultar anticompetitiva. Aunque entonces se trataba de un caso de abuso, entiende el Consejo que tales criterios resultan igualmente válidos para valorar una actuación concertada. Así lo ha reconocido la Audiencia Nacional (SAN de 22 de julio de 2010): *“Las normas de competencia pueden aplicarse a un acuerdo o conducta unilateral consistente en la interposición de acciones judiciales con el objeto de restringir la competencia. La Jurisprudencia señala que ello es posible en el caso de que se cumplan dos criterios cumulativos: en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa que se trate y que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia”*.

La decisión de recurrir no constituye un hecho aislado, como pretenden los imputados que se analice, sino una más de las actuaciones que las empresas eléctricas desarrollaron de común acuerdo para obstaculizar el acceso al SIPS con un objeto anticompetitivo. No se puede considerar razonablemente que el objeto de dicho recurso fuera la defensa frente a una Orden Ministerial porque, supuestamente, les hacía incurrir en actuaciones ilegales. La actuación común y sin fisuras de las cinco empresas en el seno de UNESA trata de reforzar la aparente legalidad de una conducta que tiene realmente como fin el obstaculizar el acceso a los competidores a una información que la propia normativa considera relevante para competir en el mercado.

Lo cierto es que 1) La posibilidad de oposición del cliente que supuestamente la OM ignoraba contraviniendo la LOPD estaba prevista en el Real Decreto 1454/2005, plenamente en vigor. 2) Hay evidencia en el expediente de que con el recurso se buscaba no facilitar los datos a terceros, tal y como se ha descrito en el Hecho Probado Tercero. 3) Con el recurso buscan las empresas también reforzar su defensa en los expedientes de competencia, como se deduce de las notas de las reuniones. 4) Se interpreta la LOPD y se recurre sin atender antes a la opinión de la AEPD. Pese a que la iniciativa legislativa se conoció con antelación y que desde antes incluso se venía reclamando el acceso incondicionado al SIPS, las partes no expusieron sus temores a una supuesta infracción de la LOPD ante la AEPD. De hecho, solicitaron un dictamen en paralelo a la interposición del recurso. 5) Tampoco se atendió a la opinión de otros órganos, como la CNE, que expresaron su opinión favorable sobre la Orden ITC/3860/2007. 6) Una vez conocido el dictamen de la AEPD, contrario a la postura de las cinco eléctricas, no se desistió del recurso y se mantuvo la negativa a dar acceso incondicional a los datos. 7) Los correos internos descritos en la sección 3 de los Hechos Probados suponen el reconocimiento de que con el recurso se está defendiendo colectivamente un criterio que las propias empresas no aplican: no requieren el consentimiento expreso del cliente para la cesión de los datos. 8) El acordar que se responda a las peticiones de acceso al SIPS aludiendo al recurso supone un reconocimiento implícito del carácter instrumental del recurso. 9) Los presupuestos del recurso resultan inconsistentes con la propuesta que las propias eléctricas realizaron al informar la Orden Ministerial consistente en mandar periódicamente los datos a las empresas comercializadores que lo solicitaran. 10) Los presupuestos del recurso resultan inconsistentes con la propuesta que las propias eléctricas realizaron en el proyecto de norma sobre la Oficina de Cambio de Suministrador que se preparaba coetáneamente a la formalización de la demanda, que finalmente se produjo en junio de 2008. 11) Tampoco

esta postura les impidió proponer que la OM de traspaso de clientes al SUR previera que los distribuidores transfirieran al CUR de su grupo toda la información histórica necesaria sobre los puntos de suministro, sin necesidad de solicitar el consentimiento expreso, cuestión que se ha visto reflejada en la norma.

El hecho de que la Audiencia Nacional, sobre la base de las pretensiones de las recurrentes, suspendiera cautelarmente la OM no invalida lo anteriormente expuesto que, obviamente, no era del conocimiento del órgano revisor ni el asunto que allí se juzgaba.

En otoño de 2008 inician las empresas la coordinación sobre el corte de operaciones, coincidiendo en el tiempo con la elaboración de observaciones al borrador de OM de mecanismos de traspaso de clientes al SUR que se revisaron en el Consejo Consultivo de la Electricidad de noviembre de 2011. No consta que se hiciera partícipe del corte de operaciones a los operadores del sector en dicho Consejo.

En febrero de 2009 se intercambian las fechas previstas para el corte, información que, según se dice en la nota de la reunión de marzo de 2009, figuraría en el intranet de UNESA (*Las fechas previstas por la distribuidoras estarán a disposición de todos los agentes en la intranet de Unesa*). Pese a esta antelación, a las comercializadoras de la competencia no se les comunicó nada al respecto hasta la primera quincena de junio. Como la DI subraya tampoco a la Administración se le advierte este hecho, pese al frecuente contacto mantenido con ella para temas de lo más diverso y, en particular, con los asuntos relacionados con el traspaso al SUR.

Las empresas apoyan sus alegaciones ya resumidas en el Fundamento de Derecho Cuarto en los informes del MITyC y de la CNE. La CNE, en el informe remitido a petición de la CNC en el marco de este expediente señala como premisa que no tiene objeciones de fondo respecto al contenido del PCH si bien considera necesario trasladar a la CNC algunas imprescindibles precisiones que hacen referencia, fundamentalmente, al corte de operaciones y a la segunda de las conductas analizadas.

Respecto a lo primero, la CNE pone de manifiesto que en el proceso de tramitación de la citada Orden expresó cierta preocupación sobre los plazos limitados del traspaso. La CNE era consciente de la complejidad operativa del traspaso requerido por la normativa propuesta y propuso reglamentar algunos aspectos del mismo para facilitar el proceso. Finalmente la Orden se publicó tan sólo una semana antes de la entrada en vigor del SUR y no recogió las recomendaciones que iban en este sentido. Añade que, *“por tanto, en este contexto de incertidumbre, es en el que deben analizarse las decisiones adoptadas por los distintos agentes (distribuidoras y comercializadoras de último recurso) para organizar, desde un punto de vista operativo y de sistemas, el traspaso de clientes conforme a la normativa”*. Considera que *“al tratarse de unas interrupciones temporales (de unos 10-15 días) que no alteran de una forma evidente el derecho de cambio de suministrador de los consumidores y que parecen estar más relacionadas con la necesidad de adaptación de los sistemas informáticos de las empresas (...) es más difícil comprender su finalidad estratégica”*. Dice que puede ser difícil establecer en el caso de cada distribuidora si la duración y el alcance de los cortes fueron excesivos o si se ajustaron a los tiempos técnicos estrictamente indispensables. Menciona también que el cierre temporal de los sistemas informáticos en otros casos es una práctica que se ha observado con cierta frecuencia en relación con movimientos masivos de clientes.

Las empresas también han alegado que no se está prestando la debida atención a la contestación que en su día remitió la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM) a requerimiento de la DI y, en particular, su manifestación de que la conducta carece de efectos. Manifiesta la DGPEM en su informe lo siguiente:

“Por tanto, no se puede concluir que una situación puntual, que se produce unos días, motivada por una situación crítica en los procesos y programas de las empresas, pueda suponer un freno en el proceso de liberalización y un daño final para las comercializadoras independientes frente al beneficio marginal que se abre en esta nueva etapa de liberalización para estas empresas de forma permanente en el futuro”.

Asumiendo que el corte fuera técnicamente necesario, no se entiende por qué no se planteó en las múltiples propuestas o contactos que se mantuvieron con la Administración ni por qué no fue objeto de publicidad previamente a los terceros. La información aportada por la CNE demuestra que en otras ocasiones así se hizo (folios 6627 y 6628). Esta falta de previsión y de transparencia se entiende menos aún si se tiene en cuenta que el artículo art. 8.1 del Real Decreto 1435/2002 establece la obligación para los distribuidores de contestar a las solicitudes de modificación de la forma de contratación en un plazo de 5 días hábiles. La suspensión de temporal en la tramitación de solicitudes de cambio de comercializador en BT no se contempla como tal en la norma, según ha manifestado el propio MITyC. Luego si realmente resulta necesaria, dado que hay que sí hay obligación de tramitar las solicitudes en plazo, no se comprende la falta de previsión de este hecho ante la Administración.

El hecho de que tras la medida cautelar dictada por la CNC las empresas finalmente no aplicaran tal suspensión de operaciones o redujeran su alcance temporal cuestiona su necesidad real o, al menos, la proporcionalidad de lo que inicialmente se anunció.

En todo caso, este Consejo no entra a valorar la necesidad de las suspensiones de tramitación de solicitudes y acepta la argumentación de la Administración competente.

Pero sí cuestiona la falta de previsión, de transparencia, de neutralidad y de proporcionalidad con que actuaron las empresas en relación a terceros. Incluso si el corte fue técnicamente necesario, lo que no resulta justificado es coordinarlo entre las empresas en el seno de UNESA, informarse entre sí y no informar con similar antelación a los comercializadores independientes, igualmente afectados por el corte de operaciones. Ello vuelve a suponer una actuación coordinada entre las partes frente a terceros comercializadores. Esta actuación, independientemente de su intencionalidad y del efecto que finamente tuvo, tiene aptitud para distorsionar la competencia.

Primero, pese a lo alegado por las empresas, el corte se produce en un momento especialmente relevante para el paso al mercado, antes de la desaparición de tarifas y la migración de clientes al CUR. Los datos revelan el incremento de solicitudes en esos meses claramente ligado, según la propia CNE, a la implantación del SUR, que prácticamente se duplicaron con respecto al trimestre anterior (2.909 en el último trimestre de 2008, 6.761 en el primer trimestre de 2009 y 12.135 en el segundo trimestre de 2009).

Segundo, supone otro obstáculo más en el camino de los competidores que deben superar barreras comparativamente mayores para la captación de los clientes. Aunque la

comercializadora ya haya “captado” al cliente cuando presentan la solicitud de cambio al distribuidor, como alegan algunas partes, el hecho de que se produzcan retrasos o vicisitudes, como poco, afecta a la imagen que del comercializador recibe el cliente. Esto es especialmente relevante en el caso de aquellos comercializadores con una menor implantación en el mercado que, por tanto, están en proceso de construir su imagen de marca.

Tercero, las comunicaciones de las empresas a los distribuidores anunciaban algo más que un retraso en la gestión de procesos. El correo enviado por Iberdrola el 8 de junio de 2009 dice:

“... a partir del día 19 de junio no podrán cargarse solicitudes de paso a ML.

El portal estará abierto y se rechazarían esas operaciones. El resto de operaciones estarán activas en todo momento. La situación estará así hasta el 6 de julio”

El correo remitido por Endesa el 9 de junio habla de “suspender la gestión de operaciones de Baja Tensión entre el 22 de junio y el 3 de julio de 2009 ambos inclusive, EXCEPTO para las BAJAS POR FIN DE ACTIVIDAD que no tienen corte de operaciones”.

La comunicación de Hidrocarburos de 22 de junio habla de que con motivo de los procesos de migración solamente se admitirán determinados procesos y que el resto de solicitudes, entre las que se encuentra el paso del mercado regulado al mercado libre, “serán rechazadas”.

Consta también en el expediente correo de 24 de junio de 2009 en el que directamente informa a una comercializadora de que su solicitud ha sido rechazada como consecuencia del R.D. 485/2009, que el plazo límite para presentar solicitudes era el 15 de junio de 2009 y que pueden volver a procesar la solicitud a partir del 1 de julio de 2009.

En el mejor de los casos estas comunicaciones habrán venido a incrementar la incertidumbre a la que ha hecho referencia la CNE y que habrá afectado en mayor medida a las comercializadoras independientes, que no sabrán muy bien a qué atenerse ni qué información trasladar a sus clientes. Pero no sólo eso, se trata de una situación que puede hacer daño a la imagen del comercializador y llevar, al menos potencialmente, a una pérdida de clientes o a minar el esfuerzo de captación de los comercializadores en un momento clave, puesto que el 1 de julio los clientes pasaban automáticamente al CUR.

La DGPEM pone de manifiesto que estas prácticas de corte de operaciones han podido tener justificación y que, dados los beneficios que se esperan de la liberalización, no se puede concluir que haya un “daño final” para los comercializadores independientes.

Este enfoque de beneficio neto del resultado de la liberalización no puede ser el que se adopte a la hora de valorar la aptitud de una conducta para distorsionar la competencia. El hecho es que las empresas no pueden interponer de manera consensuada obstáculos al acceso de terceros en los mercados en este proceso de liberalización.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta práctica fue objeto de denuncia, de incoación de un expediente sancionador y provocó la pronta adopción de medidas cautelares por parte de la CNC, que la DI considera que las empresas cumplieron debidamente. Por tanto, y en respuesta a las alegaciones de las empresas en este sentido, no es de esperar que se aprecien efectos reales claros de dicha práctica en el mercado. Con todo y con eso,

debemos recordar que si bien los informes de la CNE revelan que el porcentaje de solicitudes rechazadas ha ido descendiendo a lo largo del tiempo, en el segundo trimestre de 2009 el porcentaje registrado alcanzó un 41%.

Los hechos que integran las conductas descritas pudieran ser constitutivos de infracciones independientes. Sin embargo, el conjunto de actuaciones descritas en este Fundamento de Derecho guardan una unidad de decisión, coherencia entre sí y una relación espacio temporal. Obedecen ciertamente a un propósito común: el mantenimiento del *statu quo* y la protección de los propios clientes. Al generar obstáculos a los terceros comercializadores, estas actuaciones tienen aptitud para reducir la probabilidad de que los clientes salgan del grupo y favorecer el que pasen a la comercializadora en el mercado libre o, subsidiariamente, al CUR del grupo. En un mercado con fidelidad a la marca y elevados costes de acceso a la información sobre clientes, cualquier obstáculo adicional que se ponga favorece la permanencia del cliente en el grupo.

Esta concertación tiene otro efecto adicional. La coordinación en cuestiones relevantes para el negocio de la comercialización entre grupos que deberían competir entre sí en dicho mercado pone en tela de juicio el vigor de la competencia entre ellos. La coordinación de actuaciones que llevan a cabo permite conocer mejor la estrategia comercial de los competidores en el seno de UNESA y hace más plausible los comportamientos de no agresión o, al menos, modera la rivalidad de manera artificial y no acorde con las condiciones de mercado. Esta aptitud restrictiva de la competencia resulta especialmente relevante habida cuenta de que proviene de los cinco principales grupos eléctricos, que controlan la mayor parte de la oferta en los mercados de comercialización minorista de energía eléctrica.

Los hechos corroboran los resultados de esta falta de rivalidad. La situación observada es principalmente el reflejo de la permanencia de los consumidores doméstico-comerciales con las empresas incumbentes. Los datos de la CNE muestran que las comercializadoras de cada grupo captan mayoritariamente sus clientes en al redes del propio grupo. Así, en el tercer trimestre de 2009, después de la entrada en vigor del SUR, el 90% de los clientes de la comercializadora de Endesa estaba situado en puntos de suministro de la red de su distribuidora, porcentaje que en el caso de Iberdrola sube hasta el 96% y es del 76% para E.On, 72% para Hidrocantábrico y 52% para Unión Fenosa. En cambio, la cuota de clientes que las comercializadoras de cada grupo arrebatan de las redes de sus competidores y miembros de UNESA es extraordinariamente baja.

Cuota de puntos de suministro de cada comercializador conectado a la red de cada distribuidora en el tercer trimestre de 2009

DISTRIBUIDOR						
COMERCIALIZADOR	E.ON	ENDESA	U.FENOSA	H.CANTÁBRICO	IBERDROLA	TOTAL
E.ON	76%	11%	0%	2%	12%	100%
ENDESA	0%	90%	3%	0%	6%	100%
GAS NAT. U.FEN	1%	23%	52%	1%	24%	100%
HCANT-NATURGAS	1%	2%	0%	72%	24%	100%
IBERDROLA	0%	2%	1%	0%	96%	100%
OTROS	1%	23%	55%	1%	24%	100%

Fuente. CNE a partir de SICE-distribuidores

Analizada en su contexto jurídico económico, la coordinación de comportamientos de las cinco empresas en el seno de UNESA tiene aptitud para obstaculizar el cambio de comercializador y, por ende, la competencia en el mercado de la comercialización de energía eléctrica a clientes domésticos. Por ello, las conductas descritas constituyen una restricción de la competencia por su objeto y, por ello, deben calificarse como una infracción única del art. 1 de la LDC y 101 del TFUE.

La duración de esta conducta se habría extendido desde mayo de 2007 hasta junio de 2009 inclusive.

SÉPTIMO. Concertación sobre la factura y el contrato tipo

Tal y como consta en el apartado 5 de los Hechos Probados, a principios de 2007 las empresas se plantearon en el seno de UNESA elaborar un modelo común de contrato para que fuera utilizado “*por todas las empresas eléctricas*” así como la oportunidad de ponerle en conocimiento de la autoridad competente para su eventual adopción.

Tal y como han alegado algunas de las partes, el artículo 79.4 del *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* dice lo siguiente:

“La contratación del suministro a tarifa y del acceso a las redes se formalizará con los distribuidores mediante la suscripción de un contrato. El Ministerio de Economía elaborará contratos tipo de suministro y de acceso a las redes”

Ha resultado acreditado que UNIÓN FENOSA circuló un borrador de contrato tipo. No consta que se realizaran comentarios al mismo, que se alcanzara un acuerdo al respecto, que el modelo de contrato se haya adoptado por las empresas ni que se llegara a remitir al MITYC. Este Departamento Ministerial ha ratificado que no llegó a recibir tal borrador de contrato.

También en fase de prueba ante el Consejo se ha tenido acceso al borrador de contrato tipo que en su día circuló UNIÓN FENOSA, sin que se aprecie que contenga cláusulas de naturaleza restrictiva.

En vista de ello, en virtud del artículo 53.1.c) de la LDC, el Consejo considera que no resulta acreditada la existencia de infracción del artículo 1 de la LDC en relación con la adopción de un contrato tipo por parte las empresas eléctricas miembro de UNESA.

En lo que se refiere a la factura, la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, impuso su carácter mensual para consumidores. Este hecho motivó que las empresas eléctricas se coordinaran en el seno de UNESA para tratar de buscar alternativas que les permitieran reducir los costes de esta medida. Esta coordinación tenía como finalidad la elaboración de propuestas a remitir al MITYC que requerían llevar a cabo determinadas modificaciones normativas, como reflejan las comunicaciones enviadas a dicho departamento ministerial que constan en el expediente.

Dado el contexto en que se desarrolla esta iniciativa y la evidencia que obra en el expediente, no se cuestiona que las empresas persiguieran reducir costes con la propuesta que coordinaron. No obstante, es cierto que, de ponerse en práctica, hubiera podido

desplegar efectos restrictivos para la competencia en forma de mayores obstáculos al cambio de comercializador. Por un lado, como la DI apunta, por la menor información que ofrecería el documento bancario sobre el cliente. Segundo, porque la normativa contempla que la factura sirva de soporte para encartar información sobre los comercializadores por los que el cliente puede optar. Las empresas conocían este hecho, puesto que esta iniciativa se encontraba incluida en las propuestas normativas que se circularon en otoño de 2008, como se pone de manifiesto en el apartado 2.3.1 de los Hechos Probados.

Pero el hecho cierto es que tales potenciales efectos no se desplegaron. Por las razones que fueren, la Administración no acogió la propuesta adoptada por las empresas.

Por tanto, a juicio de este Consejo las empresas eléctricas, en el seno de UNESA, adoptaron un acuerdo sobre la propuesta de factura, pero no cabe calificar al mismo de acuerdo restrictivo de la competencia, ni por su objeto ni por sus efectos. En vista de ello, en virtud del artículo 53.1.c) de la LDC, el Consejo considera que no resulta acreditada la existencia de infracción del artículo 1 de la LDC en relación con dicho acuerdo.

OCTAVO. Concertación sobre la negociación con grandes clientes

La Directiva 2003/54/CE tenía entre sus objetivos la liberalización, de forma progresiva pero total, de los mercados energéticos. La consecuencia de ello en el desarrollo legislativo nacional era la desaparición de las tarifas, al menos en un primer estadio, para los clientes industriales.

Los Hechos Probados en la Sección 6 muestran que las empresas eléctricas eran contrarias a retrasar el mantenimiento de la tarifa en el suministro a grandes clientes. Argumentan que la pervivencia de las tarifas era una rémora para la efectiva liberalización del mercado y suponían un subsidio a la actividad de determinados sectores. Las empresas eléctricas, desde UNESA, solicitaron y promovieron a lo largo del tiempo la aplicación de la normativa comunitaria con la supresión de tales tarifas, sin que este Consejo tenga nada que objetar a este respecto.

Los Hechos Probados también revelan la preocupación de los clientes por el impacto que la supresión de las tarifas pudiera tener sobre los costes de las empresas. Además, como ha manifestado el MITyC en el informe que ha remitido practicado como resultado de la prueba practicada ante este Consejo, desde la Administración también existía preocupación por la transición en un proceso de cambio tan decisivo para el sector eléctrico.

El paso de una situación de suministro a tarifas reguladas a un mercado liberalizado tiene como implicación directa el hecho de que los agentes –suministradores de energía y grandes clientes- debían negociar libre e individualmente sus precios. No se pone en duda la reflexión del MITyC de que en un proceso de esta magnitud el periodo transitorio fuera delicado y necesitara de su supervisión y de contactos entre las diferentes partes para minimizar riesgos y facilitar ese tránsito.

“En este contexto y como no puede ser de otra manera, el MITyC lleva a cabo en el ejercicio de sus funciones la práctica de mantener contactos con carácter regular con los diversos agentes que componen el sector energético, además de realizar sus funciones de proponer y elaborar al normativa relativa al marco de funcionamiento del sector energético, en este caso de la liberalización. Entre los

agentes que forman parte de este sector se encuentran indiscutiblemente las asociaciones que representan a dichos agentes que, en este caso, son UNESA y AEGE”.

Pero tales contactos no tienen por qué conducir a que se sustituya la autonomía individual para negociar las condiciones comerciales concretas del suministro con cada cliente por una voluntad concertada.

Consta acreditado que, desde el año 2006, en el seno de UNESA las empresas debatieron y adoptaron posturas comunes sobre las condiciones comerciales que debían fijarse en la negociación con los grandes clientes cuando se produjera la liberalización. No se limitaron a promover un nuevo marco normativo que supusiera la supresión de las tarifas, sino que la coordinación de las empresas eléctricas en el seno de UNESA se extendió a cuáles debían ser las condiciones comerciales de contratación de suministro eléctrico que debían imperar. Constan en el expediente diversos documentos que plantean las condiciones de suministro que les deberían ser de aplicación a grandes clientes respecto al precio de la energía (50-55 €/MWh), a la tarifa de acceso (se estima en que niveles se debería situar), el coste de la interrumpibilidad, el plazo de los contratos y la actualización de precios. Tales documentos datan de los años 2006 y 2007. Una vez que se aprobó el Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, la definición de condiciones se centra fundamentalmente en la G4, tarifa que todavía subsistiría después del 1 de julio de 2008. En este periodo se mantuvieron en el seno de UNESA diversas reuniones, que se citan en Hechos Probados, a distintos niveles, incluido el Comité de Directores, donde se hizo seguimiento periódico de este tema. Los documentos que obran en el expediente fechados en 2008 corroboran que las empresas eléctricas seguían coordinando en el seno de UNESA posturas comunes sobre cómo enfrentar la negociación con grandes clientes, si bien ya no se cuenta con documentos que enuncien de manera tan explícita condiciones comerciales fijadas en el seno de UNESA que deban verse reflejadas en los contratos a firmar.

Los acuerdos de precios y otras condiciones comerciales entre competidores están prohibidos por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. El hecho de que los competidores de un mercado acuerden los precios y condiciones que deben guiar su negociación con los clientes restringe la competencia entre comercializadores, en detrimento de los clientes. No se trata como sugiere la CNE, La negociación de las condiciones entre oferentes y demandantes constituye el ejercicio fundamental de la libertad de empresa y no debe sustituirse por la concertación de estas variables en el seno de una Asociación. Menos aún en este caso, donde los competidores constituyen la mayor parte de la oferta de un bien básico, lo que supone que al actuar coordinadamente tienen un enorme poder negociador frente a los clientes y capacidad de imponerles las condiciones que fijan.

El hecho puesto de manifiesto en este caso de que AEGE no se viera privada de recurrir a las compañías generadoras individualmente o a terceros competidores no evita la restricción de la competencia si buena parte de la oferta del mercado ha unificado tales condiciones –recordemos que se comentaban en el seno de UNESA los contactos individualmente mantenidos- y pretenden además que tales condiciones se extiendan al resto de generadores, como la propia CNE señala.

No evita el carácter restrictivo de esta conducta el hecho de que las empresas acordaran estas condiciones comerciales cuando aún las tarifas existían. Por una parte, porque aunque existiera la tarifa los grandes clientes tenían la posibilidad de salir al mercado y verse afectados por las condiciones fijadas a la hora de negociar con los comercializadores. Segundo, porque aunque con antelación, se está señalizando el nivel de precios a fijar a los clientes el día que las tarifas desaparezcan.

En definitiva, las empresas eléctricas cometieron una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE al fijar en el seno de UNESA unas condiciones comerciales de suministro a grandes clientes a aplicar cuando estos salieran al mercado, obstaculizando con ello la competencia en el suministro de energía eléctrica a los grandes clientes.

Las diferentes empresas han alegado confianza legítima en su actuación, basándose en que fue el MITyC quien convocó reuniones, promovió la negociación o dio a UNESA las pautas que debían regir la contratación con AEGE.

Como ya ha señalado este Consejo (RCNC de 26 de abril de 2011), *“de la doctrina jurisprudencial se puede entender que la aplicación del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora de la CNC requiere de la concurrencia de dos presupuestos básicos: 1) la existencia de signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes y 2) que induzcan razonablemente a la empresa a confiar en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo”*

El Consejo considera que en el presente caso no concurren tales presupuestos.

No se cuestiona aquí que el MITyC haya convocado reuniones con las diferentes partes, como el mismo ha reconocido, incluso que haya dado ciertas pautas sobre cómo afrontar las relaciones entre comercializadoras y grandes clientes durante el periodo transitorio. Pero no hay evidencia de que instara a las empresas a pactar en el seno de UNESA unas condiciones a fijar a los clientes, ni les expresara en ningún momento la legalidad de ese tipo de conducta. Los primeros documentos que obran en el expediente sobre el tema de la contratación con grandes clientes elaborados por UNESA se hacen por propia iniciativa para defender la desaparición de las tarifas y, en ellos, adicionalmente, se abordan las condiciones de suministro a grandes clientes.

Como ha manifestado dicho Departamento en su Informe aportado como prueba:

“Por tanto, el papel del MITyC fue el de acometer el proceso de eliminación de las tarifas generales de alta tensión con responsabilidad en el ejercicio y ejecución de dicho proceso sin entrar a valorar las condiciones específica de los contratos de los clientes G-4 ni de cualquier otro tipo de cliente, que son firmados entre las partes de manera privada”.

De hecho, en buena parte de la documentación aportada por las propias partes lo que se trasluce es la preocupación de la Administración por el elevado incremento de costes que la desaparición de la tarifa podía conllevar para la industria caso de situarse los precios a los niveles que desde UNESA y las eléctricas se ponían de manifiesto y a los que, desde AEGE, se mostraba un claro rechazo.

En todo caso, conviene recordar que, como ha manifestado el TS en su Sentencia de 3 de febrero de 2009 ratificando lo expresado por la Audiencia Nacional, la pasividad de un órgano de la Administración o incluso el hecho de que facilite la conducta no genera confianza legítima a los efectos que nos ocupan, pues no son competentes en cuanto a determinar que prácticas sean contrarias a la libre competencia.

NOVENO. Responsabilidad de las conductas

El Consejo coincide con la DI en que son responsables de las conductas infractoras las empresas IBERDROLA, S.A., ENDESA, S.A., E.ON ESPAÑA S.L., GAS NATURAL SDG, S.A. e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. En contra de lo que se dice en las alegaciones, las conductas no afectan sólo a las empresas distribuidoras. Tampoco la atribución de responsabilidad es el resultado de una mera aplicación automática del artículo 61.2.

De la narración de los Hechos Probados se deduce que en las actuaciones que conforman las conductas infractoras tienen lugar en Comités y Grupos de Trabajo diferentes. En ellos participan representantes de distintas unidades e incluso de diferentes empresas de cada grupo, dependiendo de la especialidad. Hay veces que un mismo tema se ve por varios Comités desde diferentes puntos de vista (jurídico y regulatorio). Luego, normalmente, los temas se elevan de las Comisiones al Comité de Directores donde se adoptan decisiones y, en última instancia, a la Junta Directiva, donde acuden altos representantes de las empresas, incluso a nivel de Consejeros Delegados. En todos los casos, las decisiones que se adoptan vinculan al grupo. En vista de estos mecanismos de toma de decisiones, lo lógico es imputar a la matriz sin tener que diseccionar responsabilidades personales dentro de cada empresa del grupo.

Algunos de los acuerdos versan sobre temas de distribución. Las partes alegan que no se puede imputar a la matriz una conducta que afecta a la actividad de distribución, máxime cuando vienen sujetas a una obligación de separación de funciones impuesta por el art. 14 de la LSE cuyo cumplimiento no ha sido objetado por ninguna instancia.

Esta alegación sólo rezaría respecto de la primera de las conductas. No obstante, aunque algunas de las prácticas se propongan o ejecuten por las distribuidoras, en la medida en que dicha conducta tiene que ver con la desaparición del suministro a tarifa y el paso de los clientes al mercado la principal beneficiada es el área de comercialización, que no goza de separación funcional respecto de la matriz. Por otro lado, los acuerdos se han adoptado, refrendado o conocido por instancias que superan el ámbito de la distribución. Los Hechos Probados muestran que no es infrecuente que en el Comité de Directores y en Junta Directiva se vean temas relativos al área de distribución. Si ello vulnera o no el principio de separación funcional no es objeto de análisis en este expediente.

UNESA debe ser declarada también responsable de las dos conductas infractoras en la medida en que ha facilitado las mismas. Su contribución ha sido indispensable para la coordinación de las empresas en su seno y para la ejecución de la mayor parte de las actuaciones. Ciertamente no actúa con independencia de las empresas, sino a instancia de ellas. Pero a su vez constituye el medio sobre el que se soporta e instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta.

En contra de lo que alegan las empresas, la doctrina acepta que cabe la imputación a empresas y asociadas. El TJUE considera que no hay vulneración del principio non bis in ídem cuando la Comisión impone una multa a una asociación formada por asociaciones de empresas, así como a los miembros de ésta, a causa de la participación y del grado de responsabilidad propia de cada una en la infracción (sentencia de 18 de diciembre de 2008, carne de Francia).

Extrapolando los criterios del TG (antes TPI) en el asunto Treuhand (asunto T-99/04, AC-Treuhand AG / Comisión) a este caso, UNESA puede considerarse coautora por su papel facilitador de la práctica puesto que (1) contribuyó activamente a la puesta en práctica de la conducta, existiendo un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y (2) manifestó su voluntad de participar en la práctica restrictiva ya que pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes o pudo de forma razonable haberlos previsto y estaba dispuesta a asumir el riesgo (§134). Parecidos razonamientos han llevado a este Consejo a sancionar no sólo a las empresas, sino también a la Asociación en cuyo seno se desarrollaron las conductas restrictivas de la competencia, en la RCNC de 2 de Marzo de 2011 (Expte S/0086/08. Peluquería Profesional).

Respecto a la alegación de vulneración de la prohibición de concurrencia de sanciones, el Consejo entiende que en la medida en que en el expediente S/0051/08 no se analizaba su participación de UNESA, como facilitador, en una infracción única y continuada consistente en la adopción de una estrategia de coordinación tendente a obstaculizar los cambios de suministrador y que, como se indicaba en dicha resolución, las conductas a analizar eran distintas a las examinadas en aquél, no resulta posible apreciar la identidad de hechos, sujeto y fundamento a que hace referencia el artículo 133 de la LRJAP-PAC

Por último, Gas Natural argumenta que tomó el control de Unión Fenosa el 1 de septiembre de 2009, con posterioridad a las conductas. Hasta entonces era un competidor ajeno a UNESA y, por tanto, potencial perjudicado. La DI aplica incorrectamente la doctrina de la continuidad económica como excepción al principio de la responsabilidad personal. Dado que ACS, antigua matriz de Unión Fenosa Distribución aún existe, es a ella y no a Gas Natural a quien habría que imputarle las conductas. Cita como precedente el Asunto C-279/98 Cascades S.A. Comisión [2000], apdo 78.

En el presente caso no estamos ante un mero cambio de control de una mercantil. Como se ha descrito en los Hechos Probados, Gas Natural SDG, S.A. notificó la toma del control exclusivo de Unión Fenosa S.A. (Expte C/0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA) ante la CNC el 3 de septiembre de 2008, operación cuya aprobación fue subordinada a compromisos mediante Resolución del Consejo de la CNC de 11 de febrero de 2009. Dicha operación consiste en una fusión por absorción que ha llevado a la desaparición de Unión Fenosa S.A. como entidad jurídica sucediéndola en sus derechos y obligaciones Gas Natural SDG, S.A. En efecto, con fecha 4 de septiembre de 2009 se inscribió en el Registro Mercantil la escritura pública de fusión por absorción de las sociedades Unión Fenosa S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A., que las ha sucedido en sus derechos y obligaciones. Así consta en el Hecho Relevante notificado a la CNMV el 3 de septiembre de 2009.

Luego no procede acoger la alegación de Gas Natural SDG, S.A., puesto que Gas Natural SDG, S.A. ha desaparecido como tal, sucediéndola aquella en sus derechos y obligaciones, incluidos los que se derivan de la presente infracción

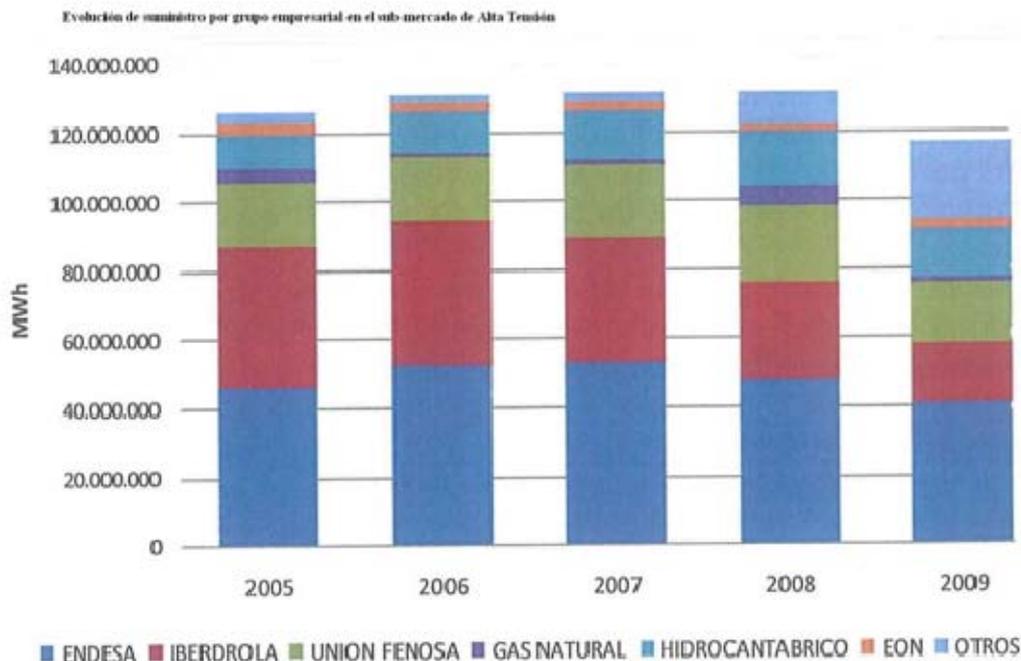
DÉCIMO. Cálculo de la sanción

Las dos conducta identificadas son constitutivas de infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4 a) de la LDC. De acuerdo con el artículo 63.c) las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Las conductas afectan a la competencia en los mercados de la comercialización de energía eléctrica en España. La primera conducta hace referencia al mercado de clientes domésticos y PYMES y la segunda al de grandes clientes. Se trata de un input básico y de mercados en proceso de liberalización, especialmente el primero de ellos en el momento temporal en el que las conductas se sitúan. El propio MITyC hace referencia en su Informe presentado como prueba ante el Consejo a que, pese a que la elegibilidad estaba plenamente vigente en España desde 2003 para domésticos y desde 2000 para consumidores industriales, el grado de cambio de suministrador había sido más bien escaso. La desaparición de las tarifas trataba de dar un impulso efectivo al proceso liberalizador y es éste el marco en el que se producen las conductas.

Respecto a las cuotas de mercado de las partes, el Informe remitido por la CNE en el presente expediente pone de manifiesto lo siguiente:

“En el segmento de los consumidores en alta tensión, que son activos en la búsqueda de nuevos suministradores y tienen una elasticidad al precio elevada, la concentración se ha reducido de manera significativa: en 2005 el HHI era de 2681 y en 2009 ha bajado a 2021 (una variación de 659 puntos) y la cuota conjunta de las dos primeras empresas ha descendido desde el 69% hasta el 50%. Esto se debe en gran medida a la entrada de nuevos competidores que, desde 2008, coincidiendo con el comienzo del proceso de eliminación de las tarifas integrales, han ido aumentando sus cuotas (entre 2005 y 2007 la cuota conjunta de estas empresas se situaba por debajo o en el entorno del 2%, en 2008 superó el 7% y en 2009 alcanzó casi el 20% de este sub-mercado)”



Fuente: CNE

En 2009 el grupo de “otros” alcanzó casi el 20% de la energía suministrada en el sub-mercado de alta tensión. Se trata en particular de los siguientes comercializadores independientes: FORTIA (11,8%), CENTRICA (2,6%), ATEL ENERGÍA (2,5%), HISPAELEC (0,8%), NEXUS ENERGÍA (0,8%), ENERGY FACTORY GROUP (0,4%) y DETISA (0,3%).

En lo que se refiere al mercado de pequeños clientes, se acuerdo con los datos facilitados por el mismo informe de la CNE, las cuotas de mercado (por número de clientes) de los cinco grupos empresariales asociados a UNESA, en el mercado minorista de electricidad, sumaban en diciembre de 2009, el 99,91% del mercado de suministro eléctrico.

Cuota en Baja Tensión

(en términos de energía)

E.ON	2%
ENDESA	43%
H.CANTABRICO	3%
IBERDROLA	36%
U. FENOSA	15%
OTROS	1%
TOTAL	100%

Ambas conductas imputadas, objeto de análisis en este expediente, han entorpecido el proceso de liberalización del mercado de suministro eléctrico nacional durante los últimos años a través de distintos medios y tienen aptitud para tener efectos sobre el mismo.

Obstaculización del cambio de consumidor

La conducta descrita en el Fundamento de Derecho Sexto consistente en la obstaculización del cambio de suministrador, elevando las barreras a la entrada para los comercializadores independientes y reduciendo la rivalidad entre las empresas protagonistas de la concertación, lo que contribuye al mantenimiento del statu quo.

Se trata de un mercado donde las barreras de entrada son ya de por sí muy elevadas. Así lo pone de manifiesto la CNE en el informe remitido:

“En el sub-mercado de consumidores doméstico-comerciales los operadores incumbentes mantienen una ventaja competitiva respecto de otros competidores, que se concreta en el desarrollo de la actividad de comercialización principalmente dentro de los límites del área de distribución del mismo grupo. A este aspecto se añade la tendencia de éstos consumidores a permanecer con el grupo empresarial que les suministraba antes de la liberalización del mercado, en parte como resultado de su relación anterior con el distribuidor (mediante facturas, reparaciones y otros servicios), por el conocimiento de la marca, por carencia informativa y escasa disposición al cambio de suministrador, así como de los costes elevados de capilaridad a los que se enfrentan nuevos entrantes para competir en este sub-mercado”.

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. Las conductas han tenido efectos porque han contribuido a elevar los costes de entrada de los comercializadores y a dificultar el cambio. Pero su efecto se confunde con el de las barreras pre-existentes y la propia regulación. Con los cambios regulatorios de 2007 y 2008 se quería favorecer el cambio de suministrador. Pero lo cierto es que determinados aspectos de la regulación, algunos ciertamente coincidentes con las propuestas que en su día realizaron las empresas, han contribuido a sostener la dinámica pre-existente. Muy en particular, la determinación de los CUR y el traspaso de los clientes al CUR del grupo de la distribuidora.

En el caso del corte de operaciones, además, el mero hecho de la incoación del expediente y la adopción de la medida cautelar resto efectividad a la conducta.

Todo lo anterior conduce a que, dadas las especiales circunstancias de este mercado, no se pueda concluir que la escasa cuota de los terceros (menos de un 1%) y la estabilidad en las cuotas a lo largo del tiempo sea consecuencia única y exclusivamente de la conducta observada. De la misma forma, no se puede presumir que todo cliente que fue migrado al CUR, dada el marco regulatorio aprobado, hubiera salido al mercado de haber podido competir los comercializadores más vivamente en ausencia de la conducta. Por ello, calcular el importe básico de la sanción sobre la totalidad del volumen de negocios del mercado del suministro minorista a clientes doméstico-industriales sobreestimaría el volumen de negocios verdaderamente afectado por la conducta dada la distorsión que ocasiona la regulación en este caso.

Procede por tanto tratar de aproximar el tamaño de la parte del mercado más expuesta a la conducta. Cabe asumir que aquellos clientes que salieron al mercado al entrar en vigor el SUR eran, de aquellos a los que afectó la conducta, los más predispuestos al cambio y los que, por tanto, podrían haber respondido ante una competencia más activa. Eso nos puede

llevar a tomar como clientes, al menos, el equivalente a la energía que salió al mercado en aquellos entre el segundo y tercer trimestre suministrada a clientes domésticos y PYMES. Se toman para realizar estos cálculos los datos de los Informes de supervisión del mercado minorista publicados por la CNE.

Evolución de la energía (GWh) de consumos domésticos y PYMES

2009	Domésticos	PYMES
t2	11.360	33.271
t3	13.315	37.571
t3-t2	1.955	4.300

Podemos calcular estos importes en valor multiplicándolos por el precio medio del coste de la energía facturado a clientes que proporciona la CNE en su informe de supervisión del mercado para calcular el volumen de ventas afectado y asignarlo a cada operador en función de su cuota en el mercado en este mercado minorista.

Volumen de ventas afectado por empresa

E.ON	2%	9.925.042,00 €
ENDESA	43%	213.388.403,00 €
H.CANTABRICO	3%	14.887.563,00 €
IBERDROLA	36%	178.650.756,00 €
U. FENOSA	15%	74.437.815,00 €
TOTAL	99%	491.289.579,00 €

Dado que la infracción es muy grave y que afecta a todo el mercado nacional, procede considerar un porcentaje del 10% a efectos del cálculo del importe básico de la sanción.

Considera el Consejo que, conforme a la propuesta realizada por la DI, se debe considerar como atenuante en el caso de Unión Fenosa el que, si bien participó en la coordinación del corte de operaciones, no se sumó al corte de las operaciones de paso de mercado regulado a mercado libre. Este atenuante ascendería a un 5% del importe de la sanción.

No se considera que se deban tener en cuenta otros atenuantes y, en particular, los sugeridos por E.On. El tamaño de la empresa ya se tiene en cuenta en el cálculo del importe básico de la sanción y, como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Octavo, no aplica el presupuesto de confianza legítima ni el resto de motivos que alega.

Consecuentemente, el importe de las sanciones a imponer por esta primera conducta sería el siguiente.

Importe de la sanción por la primera conducta

E.ON	992.000,00 €
ENDESA	21.338.000,00 €
H.CANTABRICO	1.488.000,00 €
IBERDROLA	17.865.000,00 €
U. FENOSA	7.071.000,00 €
	48.754.000,00 €

Fijación de precios y otras condiciones comerciales a grandes clientes

La conducta de fijación de condiciones a los grandes clientes tiene aptitud para tener efectos, tanto porque uniforma las condiciones de negociación con clientes como porque puede contribuir a desalentar la salida de clientes al mercado antes de la desaparición de la tarifa.

Cuando la tarifa desaparece en julio de 2008, la norma prevé que se les penalice si no los clientes no pasan al mercado. Como en el caso anterior, puede razonarse que este volumen de energía correspondía a aquellos clientes que eran en aquel momento los más proclives al cambio y, por tanto, lo más afectados por la conducta. El porcentaje que ya estaba en el mercado y tenía sus contratos firmados no se veía en principio afectado por el acuerdo de niveles de precios en el seno de UNESA. Aquellos otros que, pese al cambio regulatorio, no se movieron no es plausible pensar que vieran sus decisión de “salir” al mercado muy afectados por las conductas desarrolladas en el seno de UNESA. La energía que salió al mercado entre el trimestre segundo y el tercero del año 2008 es, por tanto, una estimación mínima del volumen de negocios que se vio más afectado. Se estima este valor a partir de la evolución del volumen de energía (GWh) suministrada en el mercado liberalizado y el porcentaje que representan los grandes clientes en el mismo según datos CNE.

Evolución del volumen de energía (GWh) suministrada a
Grandes Clientes en el mercado liberalizado en la red de
cada grupo

	2008	T2	T3	T3-T2
E.ON		1.157	1.919	762
ENDESA		27.385	36.644	9.258
H.CANTABRICO		1.563	2.193	630
IBERDROLA		28.643	35.217	6.574
U. FENOSA		7.568	10.620	3.053
TOTAL		66.316	86.593	20.277

Podemos calcular el volumen de ventas afectado multiplicando estos importes por el precio medio del coste de la energía facturado a grandes clientes que proporciona la CNE en su informe de supervisión del mercado de ese año.

Volumen de ventas afectado

E.ON	43.411.200,00 €
ENDESA	527.717.400,00 €
H.CANTABRICO	35.910.000,00 €
IBERDROLA	374.740.800,00 €
U. FENOSA	174.003.900,00 €

La infracción es muy grave y afecta a todo el mercado nacional. No obstante, deben tenerse presentes los argumentos esgrimidos tanto MITyC como por CNE en sus informes sobre las especiales circunstancias que rodearon a esta fijación de precios. En especial, el

hecho de que los clientes tuvieron la oportunidad de quedarse refugiados en la tarifa que estaba en muchos casos subsidiada, lo cual fue determinante para restar efectividad a los acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales. Por ello, se estima oportuno aplicar al volumen de ventas afectado un porcentaje del 1% para el cálculo de la sanción.

Importe de la sanción por la segunda conducta

E.ON	434.000 €
ENDESA	5.277.000 €
H.CANTABRICO	359.000 €
IBERDROLA	3.747.000 €
U. FENOSA	1.740.000 €

Por lo que se refiere a la Asociación UNESA, es responsable de ambas conductas en calidad de facilitador. La multa a imponerle debe tener en cuenta el potencial económico de la actividad económica que representa y el alcance y gravedad de la infracción. No obstante, como se ha indicado en el Fundamento de Derecho Primero, la sanción que se le imponga no debe superar la cifra máxima permitida en el artículo 10 de la Ley 16/89 para las Asociaciones, de acuerdo con la interpretación que le da la doctrina. Es por ello que se le impone a UNESA una sanción de 500.000€ para la primera de las conductas y de 400.000€ para la segunda.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo de la Comisión Nacional de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de la que son responsables IBERDROLA, S.A., ENDESA, S.A., E.ON ESPAÑA S.L., GAS NATURAL SDG, S.A. e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A y UNESA como facilitador de la misma, consistente en una conducta colusoria para la obstaculización del cambio de suministrador en el mercado de la comercialización de energía eléctrica a pequeños clientes desarrollada entre mayo de 2007 y junio de 2009.

SEGUNDO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de la que son responsables IBERDROLA, S.A., ENDESA, S.A., E.ON ESPAÑA S.L., GAS NATURAL SDG, S.A. e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A y UNESA como facilitador de la misma, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y otras condiciones comerciales a grandes clientes en el mercado de la comercialización de energía eléctrica entre 2006 y 2008.

TERCERO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:

- 26.615.000 €a ENDESA, S.A.,
- 1.426.000 €a E.ON ESPAÑA S.L.
- 8.811.000 €a GAS NATURAL SDG, S.A.
- 1.847.000 €a HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A.
- 21.612.000 €a IBERDROLA, S.A.
- 900.000€a UNESA.

CUARTO. Declarar que no resulta acreditada la existencia de infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE en relación con la adopción de un contrato tipo por parte las empresas eléctricas miembro de UNESA ni sobre la propuesta acerca de la factura.

QUINTO. Instar a la DI para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la DI de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.