

RESOLUCION**(Expte. S/0451/12, VENTA PEIO/AYUNTAMIENTO DE URDAX)****SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROSD^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 30 de enero de 2014

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la presente Resolución en el expediente S/0451/12 Venta Peio/Ayuntamiento de Urdax, tramitado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, ante la denuncia formulada por la empresa Venta Peio, S.L., contra el Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de noviembre de 2012 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), denuncia interpuesta por el representante de la sociedad VENTA PEIO S.L. (en adelante VENTA PEIO) contra el AYUNTAMIENTO DE URDAZUBI/URDAX (en adelante AYUNTAMIENTO) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en el abuso de su posición de dominio como única distribuidora y comercializadora de energía eléctrica en el citado municipio, impidiendo la entrada a otras comercializadoras de energía eléctrica.
2. A la vista de esta información, la DI acordó llevar a cabo una información reservada, de referencia S/0451/12, con el objeto de determinar la existencia de indicios de infracción.

3. Con fecha 21 de enero de 2013 se requirió a VENTA PEIO para que aportara pruebas documentales que acreditaran la negativa de acceso por parte del AYUNTAMIENTO a Iberdrola u otra comercializadora de electricidad, tal y como denunciaba en su escrito. La respuesta a dicha solicitud de información tuvo entrada el 25 de enero de 2013.
4. Con fecha 21 de enero de 2013 se efectuó asimismo requerimiento de información al AYUNTAMIENTO, que fue contestado con fecha 8 de febrero de 2013 y completado con información complementaria el 12 de febrero de 2013. En concreto, se le requirió para que confirmara si el Ayuntamiento ejercía las funciones de distribuidora y comercializadora en la localidad de Urdazubi, y si, según la regulación vigente en España, quedaba obligado a la separación de actividades de comercialización y distribución de electricidad, o si por el contrario estaba exento. Asimismo se le solicitó que aportara copia de las solicitudes de suministro eléctrico cursadas por parte de empresas comercializadoras eléctricas para la localidad de Urdazubi, y de las comunicaciones posteriores con los solicitantes de cada una de ellas.
5. Con fecha 4 de marzo de 2013 se realizó requerimiento de información a las seis principales comercializadoras de electricidad de Navarra en términos de clientes en dicha localidad, esto es, CIDE HC ENERGIA S.A., ENDESA ENERGIA S.A.U., IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U., IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO S.A.U., UNIÓN FENOSA COMERCIAL S.L y GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. En concreto, se les solicitó que confirmaran si habían recibido solicitudes de suministro eléctrico en el municipio de Urdazubi y si, por tanto, habían procedido a solicitar el acceso a la red de distribución del municipio. Las respuestas tuvieron entrada en la DI entre el 14 y 19 de marzo de 2013.
6. Con fecha 20 de marzo de 2013 se realizó requerimiento de información a IBERDROLA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, S.A.U., que fue contestado el 1 de abril de 2013. En particular, se le solicitaba, por un lado, que confirmara si había recibido solicitudes de suministro eléctrico en ese municipio para que, como mandatario, contratase con el distribuidor correspondiente el acceso y la adquisición de energía, y por otro, que facilitara información acerca de la gestión de la solicitud realizada por VENTA PEIO el 24 de marzo de 2011 para obtener *“suministro eléctrico a través de la red de distribución de Iberdrola”* en el citado municipio, como afirmaba VENTA PEIO en su denuncia.
7. Con fecha de 6 de mayo de 2013, la DI remitió al Consejo de la CNC Propuesta de Archivo de las actuaciones seguidas en el expediente de referencia, por considerar que no existían indicios de infracción de la LDC en la conducta denunciada. Asimismo proponía el traslado a la CNE de la documentación que obra en el expediente, como órgano en esa fecha competente para la valoración de la aplicación de la regulación sectorial.
8. En dicha Propuesta de Archivo la DI realiza la siguiente descripción de las partes:

- VENTA PEIO S.L., la denunciante, es una empresa dedicada a la distribución minorista de productos de consumo como alimentación, bebidas, vestido, calzado, joyería, bisutería, droguería y menaje del hogar, especializada en el comercio de frontera, desde septiembre de 1996, y domiciliada en Navarra. Los centros comerciales VENTA PEIO están situados en el corazón del País Vasco, cerca de los puestos de frontera franco-española.
- AYUNTAMIENTO DE URDAZUBI/URDAX, la denunciada, asume, además de los servicios municipales básicos, las funciones de compra, comercialización y distribución de energía eléctrica al municipio, como servicio municipalizado. La energía eléctrica consumida en la localidad tiene origen físico en un Centro de Transformación situado en territorio francés, desde el que, mediante contrato bilateral con la compañía Electricité de France (EDF), es adquirida por el AYUNTAMIENTO en el mercado de electricidad francés, tratándose, por tanto, de una conexión internacional. Dicha energía se distribuye por medio de una red de distribución propia que fue renovada y modernizada durante la década de los noventa y en el año 2012. En el año 2000, el Ayuntamiento funda la empresa Elektra Urdazubi S.L., con capital 100% público, para así satisfacer las previsiones del artículo 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE) pero no llega a poner la empresa en funcionamiento. Tras las modificaciones de la LSE introducidas por la Ley 17/2007, de 4 de julio, referentes a la obligación de separación de actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica, y la entrada en vigor del Real Decreto 485/2009, por el que se regula el suministro de último recurso, el Ayuntamiento vuelve a encontrarse en situación de irregularidad, para lo que inicia un proceso de regularización de la situación de acuerdo a la normativa vigente del sector eléctrico, aun no finalizado a fecha de enero 2013.

El AYUNTAMIENTO tiene un total de 279 consumidores conectados a su red de distribución eléctrica y según afirma en los escritos aportados siempre ha mantenido “el mismo precio de suministro a todos los vecinos del pueblo en el convencimiento de que nuestro precio era igual o mejor que el resto de competidoras.” No obstante, y tras la insistencia y denuncias de VENTA PEIO a los Departamentos de Industria y Hacienda del Gobierno de Navarra y a la DI, el AYUNTAMIENTO accede a aprobar en el pleno, a fecha 1 de febrero de 2013, el establecimiento de “una tarifa a precio inferior a la actual, de manera transitoria, hasta la puesta en marcha de la total liberalización de mercado”, para los grandes consumidores.

9. En base a la información recabada en el expediente, y para posibilitar la comprensión de los hechos que se analizan, la DI hace en su Propuesta de Archivo la siguiente descripción del mercado afectado en el que se desarrollan las conductas denunciadas y de la normativa que lo regula:

(10) El sector de la electricidad viene regulado por la Ley 54/1997, de 27 de

noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE), modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que traspone en España la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad.

- (11) El artículo 11 de la LSE establece que la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción y comercialización se desarrollan en régimen de libre competencia.*
- (12) La **actividad de distribución** comprende la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar la energía en los puntos de consumo (Artículo 9 de la Ley 54/1997). Los precedentes nacionales y comunitarios¹ han considerado que cada red de distribución conforma un mercado en sí mismo con características de monopolio natural, estando su acceso y sus tarifas regulados.*
- (13) Asimismo, hasta el 1 de julio de 2009 los distribuidores han sido responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a tarifa de último recurso como en mercado libre, ha pasado a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.*
- (14) La **actividad de comercialización** comprende la adquisición de energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional, para lo que resulta preciso acceder a las instalaciones de terceros de transporte y distribución.*
- (15) Los precedentes nacionales y comunitarios² han optado por diferenciar los mercados de suministro por el tipo de cliente, teniendo en cuenta las diferencias en perfiles de consumo en cuanto a volúmenes y estacionalidad, así como los márgenes comerciales y las relaciones con la demanda, etc. Así, se ha distinguido entre suministro a grandes clientes (alta tensión) y suministro a clientes residenciales y PYMES (baja tensión).*
- (16) Ambas actividades, distribución y comercialización o suministro minorista, se encuentran estrechamente relacionadas, por cuanto para vehicular la energía es imprescindible contar con las infraestructuras adecuadas. Así, para llevar a cabo el suministro a los consumidores es preciso acceder a las instalaciones de distribución. Por este motivo, la Ley del Sector Eléctrico garantiza el acceso y conexión a las redes de*

¹ Resoluciones del Consejo de 11 de julio de 2012, expediente S/0304/10 ENDESA, de 11 de mayo de 2012 (Expte. S/328/11 TGSS (párrafo 30), y del 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa (párrafo 263) y Decisiones de la Comisión Europea en los casos M.4180 GDF/SUEZ, M.3696 E.ON/MOL y M.3440 ENI/EDP/GDP), entre otros.

² Resoluciones del Consejo de 11 de julio de 2012, expediente S/0304/10 ENDESA, de 11 de mayo de 2012 (Expte. S/328/11 TGSS (párrafo 33), y del 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa (párrafos 266 y 267) y Decisión de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 2004, caso nº COMP/M.3440 EDP/ENI/GDP, párrafo 270), entre otros.

transporte y distribución de energía eléctrica (Artículos 38 y 42 de la Ley 54/1997).

- (17) Los procedimientos de **acceso a las redes** en baja tensión se regulan en 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 en baja tensión.*
- (18) Las redes de distribución constituyen una infraestructura imprescindible para el ejercicio de la actividad de comercialización. Por ello, la regulación del acceso de terceros a la red ha cobrado especial relevancia con la liberalización del sector y la separación efectiva de las actividades de suministro de las actividades de red (transporte y distribución). Desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Hasta el 1 de julio de 2009, los distribuidores han sido responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada pero desde el 1 de julio de 2009, el suministro, tanto a tarifa regulada (la denominada Tarifa de Último recurso o TUR³) como en mercado libre, pasa a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores, limitándose los distribuidores a la gestión de sus redes.*
- (19) No obstante, la regulación española permite que un grupo de sociedades desarrolle simultáneamente actividades reguladas y no reguladas (integración vertical), aunque obliga a que haya una separación jurídica, funcional y contable de las actividades incompatibles, con el fin de garantizar mayores condiciones de competencia (Artículo 14 de la Ley 54/1997).*
- (20) De otra parte, la puesta en marcha del suministro de último recurso y, en particular, el traspaso automático de los consumidores desde los distribuidores a los comercializadores de último recurso queda regulada en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril y en la Orden ITC /1659/2009, de 22 de junio. Adicionalmente, el Real Decreto 485/2009 designó a los 5 comercializadores que tendrían la obligación del suministro de último recurso (CUR⁴).*
- (21) Así, a partir del 1 de julio de 2009, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hubieran optado por elegir empresa comercializadora debían pasar a ser suministrados por el*

³ La Tarifa de Último Recurso (TUR) es el precio único que cobran las Comercializadoras de Último Recurso a los consumidores, es única para todo el territorio español y establecido por Orden Ministerial. Es una tarifa refugio únicamente para consumidores de energía eléctrica conectados en baja tensión y cuya potencia contratada sea igual o inferior a 10 KW, tal y como queda recogida en la disposición vigésimo cuarta de la LSE y la disposición adicional undécima del RD 485/2009 de 3 de abril.

⁴ Endesa Energía XXI S.L, Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U, Unión Fenosa Metra S.L, Hidrocantábrico Energía Último Recurso S.A.U. y E.On Comercializadora de Último Recurso S.L.

comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial de la empresa distribuidora de su zona.

- (22) *En los casos en que la empresa distribuidora no perteneciera a ningún grupo empresarial que cuente con empresa comercializadora de último recurso, la empresa distribuidora podría elegir la empresa comercializadora de último recurso a la que le transferiría los clientes que no hubiesen optado por otra comercializadora. La empresa distribuidora debía comunicar la empresa seleccionada, acompañando la certificación de aceptación de la empresa comercializadora elegida, a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Comisión Nacional de Energía antes del 1 de junio de 2009.*

10. Con base en los hechos denunciados y en la información requerida, la DI hace en la citada Propuesta de archivo la siguiente descripción de los hechos:

- (23) *En su escrito de denuncia, VENTA PEIO pone de manifiesto, con carácter general, la estrategia desarrollada por el AYUNTAMIENTO con la finalidad de obstaculizar e impedir la entrada de otros comercializadores de energía eléctrica para suministrar a los consumidores del municipio de Urdazubi/Urdaiz, manteniendo a su vez el AYUNTAMIENTO unos elevados precios de suministro de energía eléctrica, que dan lugar a que, según la denunciante, no pueda mantener su competitividad en su sector de actividad comercial.*
- (24) *En particular, VENTA PEIO alega que el AYUNTAMIENTO lleva incumpliendo la normativa reguladora del sector eléctrico varios años, sin especificar qué normativa ni a qué obligaciones legales se refiere.*
- (25) *Adicionalmente, aduce que a pesar de haberse iniciado este proceso de regularización, dicho proceso dura ya años, y según asegura la denunciante, se está retrasando para permitir que el AYUNTAMIENTO pueda seguir desarrollando la actividad de comercialización de energía eléctrica, en régimen de “monopolio perfecto”, con el consiguiente perjuicio de vecinos y de empresas instaladas en su territorio. Indica asimismo que el AYUNTAMIENTO ha mantenido cierta opacidad respecto al estado y evolución de dicho proceso, y señala en el escrito de denuncia que ha sido la actuación de VENTA PEIO la que ha obligado al AYUNTAMIENTO a reconocer institucionalmente dicho incumplimiento. Se adjunta como pruebas, en primer lugar, el escrito remitido por el AYUNTAMIENTO a la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE) de fecha 31 de agosto de 2011, reconociendo su situación irregular y la voluntad de regularizar dicha situación, para lo que solicita reunión con la CNE, dada la compleja situación de la distribuidora y de los trámites a realizar para su regularización (folios 4 a 6). En segundo lugar, aporta carta del AYUNTAMIENTO al denunciante de fecha 8 de octubre de 2012, denegándole la condición de interesado para conocer el estado del citado proceso de*

regularización (folios 7 a 8). Por último, aporta acuerdo del AYUNTAMIENTO de la aprobación por parte del pleno del borrador de memoria y proyecto de estatutos para la creación de una sociedad mercantil local comercializadora de energía eléctrica con fecha 5 de octubre de 2012 (folios 9 a 10), y la publicación en el Boletín Oficial de Navarra del día 19 de octubre de 2012 de dicho acuerdo municipal, iniciándose de este modo el plazo de un mes para la formulación de alegaciones y observaciones al mismo (folio 11).

- (26) En segundo término, VENTA PEIO establece que en el mes de julio de 2011 reclamó a la denunciada que autorizase a Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U para que suministrase energía eléctrica a sus establecimientos comerciales. Solicitud que no tuvo respuesta por parte del AYUNTAMIENTO, manteniendo de esta forma, según la denunciante, las condiciones de suministro y el bloqueo total a la entrada de otros operadores.*
- (27) En este sentido, la denunciante aduce que el AYUNTAMIENTO ha reconocido expresa y manifiestamente que está abusando de su posición dominante para tratar de perpetuar, de facto, el monopolio y evitar que las comercializadoras que operan en Navarra y España puedan captar los clientes que tiene en este momento. Dicha estrategia estaría además establecida bajo la premisa de que el precio de suministro de la energía de la comercializadora municipal es más elevado que el de sus competidores. A tal fin, aporta el borrador de "Memoria para la prestación del servicio económico de comercialización de energía eléctrica por parte del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax" de septiembre de 2012 (folios 12 a 24), y el informe técnico justificativo de la necesidad de la creación de una empresa comercializadora de energía eléctrica en el municipio (folio 25), en los que se reconoce ambos aspectos: la urgencia de crear la comercializadora para evitar ceder los clientes de Elektra Urdazubi (la distribuidora municipal) a otra empresa comercializadora existente, y que dado su menor volumen de compra es previsible que la nueva comercializadora sea menos competitiva que las grandes ya existentes.*
- (28) Finalmente, VENTA PEIO insiste en que la creación de la nueva comercializadora municipal no responde a una necesidad de prestar un servicio a fin de cubrir una contingencia de los vecinos, por falta de interés de las comercializadoras que operan en el resto del mercado navarro y estatal en ofrecer sus servicios a aquellos, ya que la demanda de energía eléctrica en el citado municipio es elevada, según la denunciante.*

11. La DI analiza en su Propuesta de Archivo la información aportada por el denunciante y hace la siguiente valoración sobre la existencia de indicios de infracción de la LDC:

“Sobre una posible infracción del artículo 2 de la LDC

- (32). *Como se ha indicado, las prácticas denunciadas por VENTA PEIO, que son relevantes desde la perspectiva de la legislación de defensa de la competencia, apuntan a una vulneración por parte del AYUNTAMIENTO del artículo 2LDC.*
- (33). *Es presupuesto fundamental, para apreciar la existencia de un quebrantamiento del artículo 2LDC, la existencia de una posición de dominio del infractor.*
- (34). *En este sentido, la actividad de distribución comprende la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar la energía en los puntos de consumo (Artículo 9 LSE). Los precedentes nacionales y comunitarios han considerado que cada red de distribución conforma un monopolio natural, estando su acceso y sus tarifas regulados.*
- (35). *Por todo ello, la propia regulación determina la existencia de una posición de dominio de la denunciada en el mercado de distribución de energía eléctrica en el municipio de Urdazubi/Urdaiz.*
- (36). *En efecto, la posición de dominio del AYUNTAMIENTO, en el mercado de distribución eléctrica en el que se encuentra presente a través de sus propias redes de distribución, ha quedado suficientemente acreditada anteriormente, ya que se trata de un monopolio natural que cuenta con sustento legal con base en la normativa vigente sobre el sector eléctrico. Asimismo, el artículo 2.3 de la LDC dispone que "la prohibición se aplicará también en los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal".*
- (37). *Una vez determinada la posición de dominio habrá que acreditar si ha habido o no abuso de dicha posición por parte de la denunciada, en particular, si la negativa del AYUNTAMIENTO a facilitar el acceso completo e incondicional a su red de distribución a otras comercializadoras habría permitido al AYUNTAMIENTO asimismo consolidar su posición en el mercado conexo de suministro de energía eléctrica, no existiendo otra justificación objetiva para tal conducta.*
- (38). *Así, la conducta investigada produciría sus efectos sobre la competencia en otro mercado, el de suministro eléctrico, en el que el AYUNTAMIENTO habría obtenido como resultado igualmente una posición de monopolio. La infracción se inscribiría dentro de la doctrina sobre el abuso de posición de dominio en los mercados conexos, ampliamente respaldada por la jurisprudencia nacional y comunitaria.*
- (39). *En este caso, como consecuencia de la situación irregular en la que se encuentra la distribuidora eléctrica del AYUNTAMIENTO, Elektra Urdazubi S.L., y su aún inacabado proceso de regularización, ésta ha*

venido ejerciendo simultáneamente las actividades de distribución y suministro eléctrico a los consumidores del municipio, en contra de lo establecido en la normativa sectorial del sector, (art. 9.e y art. 14 de la LSE), siendo hasta la fecha la única comercializadora de electricidad en el mencionado municipio.

- (40). *A este respecto, y con referencia a la solicitud de suministro eléctrico realizada a Iberdrola que VENTA PEIO mencionaba en su escrito de denuncia, se le solicitó a VENTA PEIO, en el requerimiento efectuado por esta Dirección con fecha 21 de enero de 2013, que aportara las pruebas de que dispusiese de la supuesta negativa de acceso al mencionado mercado eléctrico por parte del Ayuntamiento a dicha u otra empresa comercializadora (folio 58). Como respuesta a dicho requerimiento VENTA PEIO envió la carta de contestación de Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U que indica: "Acusamos recibo a su escrito de fecha 24 de Marzo a través del cual nos solicitan el suministro de energía eléctrica a sus establecimientos (...) a través de la red de distribución de Iberdrola.*

Les comunicamos nuestra disposición a atender dicha petición, si bien y dado que en la actualidad disponen de suministro de energía eléctrica a través de otro Distribuidor, estimamos necesario que previamente realicen las gestiones oportunas para contar con su aprobación."

- (41). *Con fecha 20 de marzo de 2013 se realizó asimismo requerimiento de información a Iberdrola Distribución S.A.U sobre el mismo extremo, en cuya contestación con entrada el 1 de abril de 2013, Iberdrola Distribución Eléctrica exponía que tal y como establece la LSE, "es una empresa distribuidora de actividad consiste en distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo (art. 9.e) de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, en adelante LSE) sin posibilidad de realizar cualquier otra actividad por la obligación de objeto social exclusivo que sobre ella recae (art. 14 de la LSE). En consecuencia, esta empresa distribuidora no realiza actividades de suministro, entendidas éstas como venta de energía a clientes finales, ni en el municipio de Urdazubi/Urdaiz ni en ninguna otra zona, ni contrata el acceso de terceros a la red con otros distribuidores en nombre de los usuarios de energía eléctrica, actividad ésta que desarrollan otros sujetos del Sistema Eléctrico, las empresas comercializadoras de energía eléctrica (art. 9.f) LSE)."*
- (42). *En concreto, respecto a la solicitud de VENTA PEIO, establecía que "Iberdrola Distribución, ante la constancia de que es otra la empresa distribuidora que ostenta la condición de gestor de la red de distribución en el municipio de Urdazubi /Urdaiz", contestó informando al solicitante que "corresponde a dicha empresa distribuidora la atención de las solicitudes de acceso y conexión que se realicen en su zona de*

distribución eléctrica (art. 41 LSE) (...) Sólo en el caso de que existiera una imposibilidad técnica de atender la petición de Venta Peio, S.L. para un suministro en alta tensión desde las redes de distribución preexistentes, podría alimentarse dicho suministro desde las redes del distribuidor más cercano con capacidad para atender la misma, como podría ser el caso de mi representada. Por ello, se indicó al solicitante la necesidad de que el distribuidor preexistente diera su aprobación a lo solicitado por imposibilidad técnica de atender la demanda de suministro de Venta Peio, S.L. desde las redes de su titularidad”.

- (43). A este respecto no existe constancia de que la distribuidora municipal del AYUNTAMIENTO tuviera algún tipo de imposibilidad técnica para atender el suministro de VENTA PEIO. Tampoco se deriva de ninguna de las comunicaciones remitidas por VENTA PEIO. La queja suscitada por VENTA PEIO viene motivada únicamente por el elevado precio que ésta considera ha de pagar por el suministro eléctrico a sus establecimientos situados en el municipio de Urdazubi/Urdax en comparación con el que paga en otros municipios suministrados por otra comercializadora, tal y como muestran facturas eléctricas aportadas por VENTA PEIO al expediente (folios 39 a46).*
- (44). Por tanto, según la legislación vigente, la solicitud de suministro debe hacerse a la comercializadora de elección del consumidor, que será la que, en nombre de éste, solicite el acceso a las redes del distribuidor correspondiente (artículo 3 del RD 1435/2002). Dado que en este caso, la denunciante, solicitó suministro directamente a otra distribuidora “a través de su red de distribución”, y que la opción de cambio de distribuidora solo es posible en casos de existencia de imposibilidad técnica de la distribuidora existente para atender la petición de suministro del cliente, supuesto que no se aduce ni se justifica en ningún momento por la denunciante en este caso puesto que ha venido siendo suministrada por la distribuidora del AYUNTAMIENTO hasta la fecha, no se puede deducir de esta información que haya habido un “bloqueo total a la entrada de otros operadores” por parte del AYUNTAMIENTO, como aduce VENTA PEIO en su escrito de denuncia.*
- (45). Asimismo, de la respuesta remitida por las 6 principales comercializadoras en Navarra al requerimiento de información efectuado por la Dirección de Investigación con fecha 4 de marzo de 2013 sobre las posibles solicitudes de suministro eléctrico de consumidores del municipio de Urdazubi/Urdax, se constata que ninguna de ellas ha recibido solicitud de suministro eléctrico alguna de consumidores del citado municipio, por lo que no se puede concluir que el monopolio de suministro eléctrico del AYUNTAMIENTO se derive de la negativa de acceso al mismo a comercializadoras competidoras, como mantiene la denunciante en su escrito de denuncia.*

- (46). *Este extremo queda asimismo corroborado por el hecho de que, de acuerdo a la contestación al requerimiento de información del AYUNTAMIENTO de fecha 21 de enero de 2013, éste ha declarado no haber recibido hasta la fecha ninguna solicitud de acceso a sus redes por parte de ninguna empresa comercializadora para el suministro eléctrico en la localidad de Urdazubi.*
- (47). *Por tanto, esta Dirección de Investigación concluye que no existe base para imputar al AYUNTAMIENTO un abuso de posición de dominio, ya que, si bien existe una posición de dominio del AYUNTAMIENTO en el mercado de distribución del municipio Urdazubi/Urdaiz, no existen indicios de que se esté produciendo un abuso de dicha posición, mediante la negativa de acceso al mercado a otras comercializadoras de electricidad. En definitiva, ni de las pruebas aportadas por la denunciante ni de la información recabada por esta Dirección de Investigación se desprenden indicios de una conducta abusiva contraria al artículo 2LDC por parte del AYUNTAMIENTO en el mercado de distribución y suministro de electricidad en la localidad de Urdazubi.*

Sobre la situación de incumplimiento de la normativa sectorial en la que se encuentra el AYUNTAMIENTO

- (48). *Respecto al incumplimiento de la normativa reguladora del sector eléctrico, si bien no se explicita en la denuncia de forma clara los preceptos concretos que habrían sido vulnerados por el AYUNTAMIENTO, pueden deducirse algunas posibles irregularidades atendiendo a la información aportada por ambas partes al presente expediente.*
- (49). *En primer lugar, según información transmitida por el propio AYUNTAMIENTO en su respuesta de 10 de febrero de 2013 al requerimiento de información de esta Dirección de Investigación (folios 73 a 77): “Hacia el año 2000, el AYUNTAMIENTO, teniendo conocimiento que no podía legalmente continuar comercializando y distribuyendo energía eléctrica, funda la empresa Elektra Urdazubi S.L, con capital 100% publico, para así satisfacer la normativa legal, pero no la pone en funcionamiento en ningún momento.” Dicha afirmación entraría en clara contradicción con el artículo 9 de la LSE que definía a las distribuidoras, en su redacción inicial de 1997, como “aquellas sociedades mercantiles (...)”, condición que no habría cumplido el AYUNTAMIENTO.*
- (50). *Por otra parte, el artículo 14 de la LSE establece la separación de actividades reguladas y no reguladas. A este respecto, la legislación española admite expresamente que las sociedades de un mismo grupo puedan desarrollar actividades reguladas y liberalizadas en España, es decir, no existe obligación de separación patrimonial, pero siempre que éstas y aquéllas se realicen por sociedades diferentes (separación*

jurídica, funcional y contable) y se cumplan unos criterios de independencia más estrictos contemplados en el artículo 14.2 de la Ley del Sector Eléctrico, de obligado cumplimiento desde el 6 de enero de 2008. En esta misma línea, en 2009 entra en vigor una modificación del sector eléctrico (artículo 4 del RD 485/2009), que termina de diferenciar claramente la figura del distribuidor del comercializador. A este respecto, según el AYUNTAMIENTO: “el 1 de Enero de 2009, el Ayuntamiento, entonces en funciones, decide la puesta en marcha de Elektra Urdazubi S.L, pero la legislación cambia el 1 de julio de 2009, lo cual impide que Elektra Urdazubi S.L siga adquiriendo y comercializando dicha energía y se dedique solo a la Distribución exclusivamente. El 31 de Diciembre de 2009, se vuelve a decidir por el Ayuntamiento la parada del funcionamiento de Elektra Urdazubi S.L”.

- (51). *En este contexto normativo, el AYUNTAMIENTO ha venido ejerciendo simultáneamente las funciones de distribuidora y comercializadora de la localidad, situación irregular, que está en proceso de corrección. Según lo establecido por el AYUNTAMIENTO en la sesión extraordinaria del Pleno del 5 de octubre de 2012, en la que se aprobó el “borrador de memoria y proyecto de estatutos para la creación de una sociedad mercantil local como empresa comercializadora de energía eléctrica” (folios 9 a10), “en estos momentos se está realizando la legalización de Elektra Urdazubi S.L como distribuidora de energía eléctrica, y con la normativa vigente, al no poderse comercializar y distribuir energía eléctrica al mismo tiempo, en cuanto se legalice la distribuidora, los clientes han de pasar a una comercializadora, que puede ser la que se pretende crear u otra cualquiera, sin perjuicio de que los clientes finalmente puedan elegir a cualquier comercializadora eléctrica del mercado; y que por ello debe procederse a crear la comercializadora eléctrica”.*
- (52). *Según el último informe de situación de regularización de Elektra Urdazubi S.L, facilitado por el propio AYUNTAMIENTO (folios 83-88), y actualizado a fecha 31 de enero de 2013, dicho proceso se encuentra muy avanzado, a falta legalizar el punto de toma de energía eléctrica o punto frontera (sobre el que existen discrepancias entre técnicos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y de la Delegación de Industria del Gobierno de Navarra), y poder proceder así a la presentación de toda la documentación necesaria para la regularización de la empresa distribuidora de energía. Respecto a la constitución de la empresa comercializadora, tras la aprobación por el Pleno del borrador de memoria y proyecto de estatutos, se procedió a la exposición al público de los mismos en el Boletín Oficial de Navarra de fecha 19 de Octubre de 2012 por plazo no inferior a un mes para la formulación de alegaciones y observaciones (folio11).*

- (53). *Asimismo, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 485/2009 de 3 de abril, los distribuidores deben informar a los consumidores acerca de la nueva situación, facilitándoles el acceso a las distintas empresas comercializadoras disponibles, debiendo indicar aquéllas que asumirán el suministro de último recurso en caso de no optar por una comercializadora en el mercado libre. El anteriormente mencionado artículo 4 de dicho Real Decreto, establece que “los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasaran a ser suministrados por el comercializador de último recurso perteneciente al grupo de la empresa distribuidora de su zona. (...) En caso de que la empresa distribuidora no pertenezca a ningún grupo empresarial que cuente con empresa comercializadora de último recurso, la empresa distribuidora podrá elegir la empresa comercializadora a la que transfiere los clientes que no hubiesen optado por otra comercializadora”.*
- (54). *A este respecto, falta por determinar si el AYUNTAMIENTO, con objeto de mantener sus clientes, comunicó que éstos elegían seguir siendo suministrados por ella y que estaba en proceso de regularización de su situación y de la creación de su propia comercializadora, y si previamente recabó para ello el consentimiento expreso de sus consumidores, tal y como establece la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009. En efecto, dicha norma, establece bajo la rúbrica “Conformidad del cliente al cambio de suministrador” que “se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo” y continua señalando que “el comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente”.*
- (55). *Todos los hechos expuestos, así como la posibilidad, aducida por la denunciante, de que la lentitud y opacidad del proceso de regularización de la distribuidora municipal se deba a la propia acción del AYUNTAMIENTO para seguir desarrollando la actividad de comercialización de energía eléctrica y mantener así el régimen de monopolio en esta actividad en el municipio de Urdazubi, no constituyen, per se, una infracción de la LDC, sino, como se indicaba anteriormente, infracciones de la normativa sectorial eléctrica.*
- (56). *Por ello, y teniendo constancia de que existe escrito a la CNE aportado por el AYUNTAMIENTO con fecha de entrada en la misma de 31 de agosto de 2011 en el que el AYUNTAMIENTO comunicaba la situación irregular en la que se encontraba y la voluntad de*

regularizar la misma (folios 4 a 6), no procede por parte de esta Dirección de Investigación valorar estos hechos concretos siendo el regulador sectorial competente para su determinación como infracciones de la normativa sectorial vigente”.

12. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC). Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.
13. Con fecha 28 de enero de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, conforme a lo previsto en el artículo 21.e b) de la LCNMC, emitió informe favorable a la presente propuesta de Resolución.
14. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en reunión del día 30 de enero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver. El artículo 49.3 de la LDC dispone que, “*El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley*”.

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

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y

Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*.

Asimismo, el artículo 14 letra b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC establece que *“La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/12013, de 4 de junio.”*

SEGUNDO. Valoración del Consejo. El Consejo debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DI, resolver archivar las actuaciones realizadas hasta el momento sobre los hechos denunciados.

Concretamente deberá valorarse si se produce el denunciado abuso de posición de dominio por parte del AYUNTAMIENTO en los mercados conexos de distribución y comercialización de energía eléctrica. El abuso denunciado habrá de ser analizado desde la perspectiva del artículo 2 de la LDC, el cual prohíbe las explotaciones abusivas por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. De este modo, y conforme a la denuncia formulada, el supuesto abuso consistiría en la negativa de acceso a otras comercializadoras existentes para suministrar, a través de su red de distribución, energía eléctrica a clientes del citado municipio, en contra de lo establecido en la LSE, que garantiza el acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a las empresas comercializadoras (artículos 38 y 42 de la Ley 54/1997).

La DI, por las razones detalladas en el Antecedente de Hecho 11 propone la no incoación del expediente y el archivo de las actuaciones desarrolladas hasta este momento, y este Consejo comparte dicha propuesta.

La posición de dominio del AYUNTAMIENTO en el mercado de distribución eléctrica, en el que se encuentra presente a través de sus propias redes de distribución, ha quedado acreditada y deriva de que se trata de un monopolio natural que cuenta con sustento legal en base a la normativa vigente sobre el sector eléctrico.

Lo relevante en este caso es determinar si ha habido o no abuso de dicha posición por parte de la denunciada, concretamente, si la supuesta negativa del AYUNTAMIENTO a facilitar el acceso completo e incondicional a su red de distribución a otras comercializadoras le habría permitido asimismo consolidar su posición en el mercado conexo de suministro de energía eléctrica, no existiendo otra justificación objetiva para tal conducta.

Ha quedado acreditado que, debido a la situación compleja en la que se encuentra la distribuidora eléctrica del AYUNTAMIENTO, Elektra Urdazubi S.L., ésta ha venido ejerciendo a la vez las actividades de distribución y suministro eléctrico a los consumidores del municipio, siendo de facto la única comercializadora de electricidad en el municipio.

Según la legislación vigente, la solicitud de suministro debe hacerse a la comercializadora de elección del consumidor, que será la que, en nombre de éste, solicite el acceso a las redes del distribuidor correspondiente (artículo 3 del RD 1435/2002). De los antecedentes se deduce que la denunciante solicitó suministro directamente a otra distribuidora “a través de su red de distribución” y, dado que la opción de cambio de distribuidora sólo es posible en casos de existencia de imposibilidad técnica de la distribuidora existente para atender la petición de suministro del cliente, supuesto que no se produce en este caso, puesto que ha venido siendo suministrada por la distribuidora del AYUNTAMIENTO hasta la fecha, no se puede concluir que haya habido un negativa de acceso a comercializadoras competidoras por parte del AYUNTAMIENTO, como aduce VENTA PEIO en su escrito de denuncia.

Entiende este Consejo, por tanto, que no existe base para imputar al AYUNTAMIENTO un abuso de posición de dominio, puesto que pese a existir una posición de dominio del AYUNTAMIENTO en el mercado de distribución del municipio Urdazubi/Urdaiz, no existen en cambio indicios de que se esté produciendo un abuso de dicha posición, mediante la negativa de acceso al mercado a otras comercializadoras de electricidad.

A la vista del informe y propuesta de archivo de la DI y de la información que obra en el expediente, el Consejo coincide con el análisis de los hechos y con la valoración que de los mismos hace la DI y que se reproduce en el punto 11 de los Antecedentes. De los hechos denunciados no se desprende que existan indicios de infracción de las normas de competencia, por lo que procede el archivo de las actuaciones reservadas llevadas a cabo.

Finalmente, este Consejo coincide con la DI en que otras conductas denunciadas, como la situación especial en el municipio con respecto a la distribución y suministro de energía, debido a la concurrencia en una misma entidad de actividades reguladas y liberalizadas, no constituyen materia vinculada a la aplicación de la LDC.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentario citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- De conformidad con el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las

actuaciones reservadas seguidas en el expediente con el número S/0451/12, Venta Peio/Ayuntamiento de Urdax, por considerar que no hay indicios de infracción del artículo 2 de la misma Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la denunciante y el denunciado, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.