

RESOLUCIÓN

ELECTRA ALTO MIÑO / ACTIVOS ARNOIA

SNC/DC/157/21

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 2 de diciembre de 2022

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia (**DC**) contra ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. (**EAMD**), por el incumplimiento de la obligación de notificar a la CNMC una concentración económica que supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), con carácter previo a su ejecución.

TABLA DE CONTENIDO

I. Antecedentes	3
II. Las partes	6
II.1. ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA, S.L.U.....	6
II.2. ACTIVOS DISTRIBUCIÓN RED ELÉCTRICA DEL AYUNTAMIENTO DE ARNOIA (ACTIVOS ARNOIA)	6
III. HECHOS ACREDITADOS	7
III.1. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN FUE EJECUTADA EL 26 DE NOVIEMBRE DE 2020	7
III.2. La OPERACIÓN SUPERABA EL UMBRAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 8.1.A) DE LA LDC.	8
III.3. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN NO FUE NOTIFICADA POR EAMD.	11
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	12
IV.1. [PRIMERO] Habilitación competencial y objeto del expediente.....	12
IV.2. [SEGUNDO] Tipificación de la conducta	12
IV.2.A. Principios generales.....	12
IV.2.B. Sobre el mercado en el que se produce la operación de concentración.....	13
IV.2.C. Sobre la obligación de notificar la operación de concentración	14
IV.2.D. Sobre la ejecución con carácter previo a la notificación.....	14
IV.2.E. Culpabilidad e individualización	16
IV.3. [TERCERO] Respuesta a otras alegaciones	19
IV.3.A. Sobre la supuesta incompetencia de la CNMC	19
IV.3.B. Sobre la presunta vulneración de la confianza legítima	21
IV.3.B. Sobre la ampliación de plazo solicitada.....	22
IV.3.B. Sobre la prueba solicitada	23
IV.4. [CUARTO] Determinación de la sanción	23
V. RESUELVE.....	25

I. ANTECEDENTES

- (1) El 8 de enero de 2021, la Dirección de Competencia tuvo conocimiento, a través de la Dirección de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹, de la ejecución de una operación de concentración económica que podría entrar en la definición del artículo 7.1.b de la LDC, consistente en la adquisición por parte de ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. (en adelante, EAMD) del control exclusivo de todos los activos que configuran la red de distribución eléctrica en todo el municipio de Arnoia (provincia de Orense), incluyendo la Parroquia de Meréns en el municipio de Cortegada² (en adelante, ACTIVOS ARNOIA)³, y que podría estar sujeta a la obligación previa de notificación a la CNMC prevista en el artículo 9 de la LDC⁴.
- (2) A la vista de dicha información, y con el fin de poder determinar la concurrencia de elementos del tipo infractor previsto por el artículo 62.3.b) de la LDC que justificasen la apertura de un expediente sancionador, la Dirección de Competencia acordó, de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC, iniciar diligencias preliminares bajo el número de referencia DP/ACP/065/21.
- (3) El 3 de febrero de 2021, en el marco de esta información reservada y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.3 de la LDC, se remitió a EAMD un requerimiento de información para conocer si la operación de concentración económica había tenido lugar y, en su caso, si se cumplían los umbrales de notificación obligatoria ante la CNMC (folios 1 a 5).
- (4) El 16 de febrero de 2021, tuvo entrada en la CNMC la contestación de EAMD a dicho requerimiento de información, en la que se indicaba que la operación ya había sido ejecutada mediante escritura de compraventa de activos (en adelante “el contrato”) firmada el 26 de noviembre de 2020, y que no concurrían las

¹ En el marco del expediente TPE/DE/004/19 COMUNICACIÓN DE LA EMPRESA ELECTRA ALTO MIÑO S.A. DE LA ADQUISICIÓN DE ACTIVOS AL AYTO DE ARNOIA (ORENSE).

² El Ayuntamiento de Arnoia, municipio de la provincia de Orense, no figura en el registro oficial de distribuidores de energía eléctrica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

³ El Ayuntamiento de Arnoia desarrollaba las actividades de distribución y comercialización de electricidad en dicho municipio.

⁴ El artículo 9 de la LDC dispone que: “1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia previamente a su ejecución. 2. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.”

circunstancias previstas en la LDC para la notificación obligatoria de la operación descrita (folios 6 a 171).

- (5) Por otro lado, el 28 de abril de 2021, la Dirección de Competencia remitió un requerimiento de información interno a la Dirección de Energía con objeto de conocer determinadas cuestiones relacionadas con los activos adquiridos y la cuota de mercado (folios 188 a 189). Requerimiento que fue contestado por la Dirección de Energía el 5 de mayo de 2022 (folios 190 a 253).⁵
- (6) El 21 de junio de 2021, se remitió a EAMD un requerimiento de información (folios 254 a 258) solicitando el volumen de negocios individual y consolidado de la adquirente en el ejercicio 2019, así como de los activos adquiridos, que fue contestado el 29 de junio de 2021. EAMD indicaba que desconocía el importe del negocio que generaban los activos de distribución en el municipio de Arnoia, al no existir retribución alguna asignada a la actividad de distribución desarrollada por el Ayuntamiento (folios 259 a 270).
- (7) La Dirección de Competencia informó el 6 de junio de 2021 a EAMD de que la citada operación constituía una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.b) de la LDC, y que era de notificación obligatoria a la CNMC con carácter previo a su ejecución, por superar el umbral del artículo 8.1.a) de la LDC.
- (8) En dicho escrito de 6 de junio de 2021, la Dirección de Competencia, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC, requirió a EAMD para que, en el plazo de 20 días a contar desde la recepción del requerimiento, notificase ante la CNMC la citada operación de concentración (folios 271 a 276).
- (9) El 4 de agosto de 2021, EAMD aportó cierta información sobre la operación, sin notificarla formalmente al no aportar el formulario de notificación en los términos de los artículos 55 de la LDC y 56 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC) (folios 277 a 519).
- (10) El 25 de octubre de 2021, la Dirección de Competencia remitió a EAMD un requerimiento de información relativo a su volumen de negocio en el ejercicio 2019

⁵ La Dirección de Energía señaló en su contestación de fecha 5 de mayo de 2021 (folios 190 a 253) que *“A diferencia de lo que ocurre en la actividad de distribución, en el que el fraccionamiento del mercado no es normativamente posible, los puntos de suministro identificados, en caso de haber podido ser suministrados por comercializadores, podrían haber elegido distintas empresas, por lo que tan solo se puede identificar un umbral máximo de impacto, equivalente al impacto existente en la actividad de distribución, si todos los puntos de suministro eligieran al mismo comercializador, no pudiendo ser determinado un impacto representativo, al poderse fraccionar el mercado entre los múltiples comercializadores.”*

(folios 522 a 526), que fue contestado el 3 de noviembre de 2021 (folios 527 a 533) y completado el 12 de noviembre de 2021 (folios 556 a 562).

- (11) El 9 de septiembre de 2022, sobre la base de la información reservada realizada de conformidad con el art. 49.1 de la LDC, la Dirección de Competencia acordó la **incoación del procedimiento sancionador** SNC/DC/157/21 contra ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA S.L.U., por una presunta infracción del 9 de la LDC. En la notificación, se requirió asimismo el volumen de negocios del ejercicio de 2021 (folios 563 a 580).
- (12) El 21 de septiembre de 2021 EAMD aportó el volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2021 (folios 602 a 606).
- (13) El 6 de octubre de 2022, EAMD presentó un escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente expediente sancionador (folios 607 a 617).
- (14) El 24 de octubre de 2022 **la Dirección de Competencia formuló propuesta de resolución** con el siguiente tenor literal:

A la vista de lo actuado, conforme al artículo 50.4 de la LDC, se PROPONE:

Primero. *Que por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se declare que la adquisición por ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. del control exclusivo de de todos los activos que configuran la red de distribución eléctrica en todo el municipio de Arnoia (Orense), ejecutada con fecha 26 de noviembre de 2020, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supone una conducta contraria al artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en una infracción grave del artículo 62.3.b) de la LDC.*

Segundo. *Que se declare responsable de dicha infracción a ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. de acuerdo con el artículo 61 de la LDC.*

Tercero. *Que se impongan a ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. la sanción de multa por la cuantía de **30.000** euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 b) de la LDC y la propuesta realizada en el apartado 6 de la presente resolución.*

- (15) El 22 de noviembre de 2022 tuvieron entrada en el registro de la CNMC las **alegaciones de EAMD a la propuesta de resolución.**
- (16) El 7 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el registro de la CNMC, escrito de EAMD por el que solicitaba una prórroga al plazo señalado para la presentación

de alegaciones en relación con la Propuesta de Resolución notificada el 31 de octubre de 2022.

II. LAS PARTES

- (17) Son partes interesadas en el procedimiento las que se indican a continuación:

II.1. ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA, S.L.U.

- (18) ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA S.L.U (EAMD) es una sociedad española constituida en 2016, cuyo objeto social es la distribución de la energía eléctrica⁶. Es filial al 100% de ELECTRA ALTO MIÑO (EAM)⁷.
- (19) EAMD es una sociedad holding que actúa en mercados verticalmente relacionados a través de ELECTRA ALTO MIÑO COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA, S.L.,⁸, comercializadora de energía eléctrica y ELECTRICIDAD EIRAS S.L., instaladora de montajes de electricidad.
- (20) El objeto social de EAMD, según lo dispuesto en el artículo 2 de sus estatutos Sociales es “La actividad económica correspondiente al objeto social principal es 3513: Distribución de energía eléctrica.”
- (21) Según la notificante el volumen de negocios EAMD en España en el ejercicio 2021, conforme al artículo 5 del RD 261/2008 ascendió a [**<10 millones de**] euros.

II.2. ACTIVOS DISTRIBUCIÓN RED ELÉCTRICA DEL AYUNTAMIENTO DE ARNOIA (ACTIVOS ARNOIA)

- (22) Los activos adquiridos son los bienes adscritos al servicio de suministro de energía eléctrica del municipio, que configuran la red de distribución que atiende a la zona de Arnoia y que opera de facto como una red exclusiva de distribución en dicho término municipal y en la parroquia de Meréns, municipio de Cortegada.

⁶ Incluyendo actividades complementarias a la misma como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo con número R1-041

⁷ Con el objeto de dar cumplimiento a la obligación de separación jurídica establecida en el artículo 12 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, de 26 de diciembre, EAM llevó a cabo una segregación de la actividad regulada⁷ mediante la que traspasó, sin extinguirse, la rama de actividad de distribución de energía eléctrica que venía desarrollando en la Comunidad Autónoma de Galicia a una sociedad filial de nueva creación, EAMD.

⁸ ELECTRA ALTO MIÑO COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA lleva a cabo la explotación de una red de fibra óptica, reventa de del servicio telefónico fijo en acceso directo, proveedor de acceso a internet y agente minorista de otros operadores de telefonía.

III. HECHOS ACREDITADOS

- (23) El 8 de enero de 2021, la Dirección de Competencia tuvo conocimiento, a través de la Dirección de Energía de la CNMC⁹, de la adquisición por parte de EAMD del control exclusivo de todos los activos que configuran la red de distribución eléctrica en todo el municipio de Arnoia (provincia de Orense), incluyendo la Parroquia de Meréns en el municipio de Cortegada.

III.1. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN FUE EJECUTADA EL 26 DE NOVIEMBRE DE 2020

- (24) Según la información obtenida tanto de la propia EAMD¹⁰ como de la Dirección de Energía,¹¹ la operación se materializó a través de un contrato de compraventa¹² firmado en escritura pública entre el Ayuntamiento de Arnoia y EAMD de fecha 26 de noviembre de 2020 (en adelante “el contrato”) en virtud del cual los activos de distribución de la red eléctrica de la zona de distribución de Arnoia fueron incorporados al inmovilizado de la empresa distribuidora adquirente.
- (25) En concreto, según la información aportada por la Dirección de Energía,¹³ y como consta acreditado en la Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de enero de 2021:¹⁴
- El 21 de diciembre de 2017, el Pleno de la Xunta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arnoia aprobó el inicio del expediente de enajenación mediante concurso público de todos los bienes adscritos al servicio de suministro de energía eléctrica del citado consistorio que *“configuran la red de distribución que atiende la zona de distribución de Arnoia que opera de facto como red exclusiva de distribución en todo el Ayuntamiento de Arnoia y también en la parroquia de Meréns, Ayuntamiento de Cortegada”*.
 - El 6 de septiembre de 2018, en virtud del acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Arnoia, resultó adjudicataria la empresa distribuidora EAMD con carácter provisional.

⁹ En el marco del expediente TPE/DE/004/19.

¹⁰ Contestación al requerimiento de información de EAMD de fecha 16 de febrero de 2021 (folios 6 a 171).

¹¹ Escrito de contestación a la solicitud de información a la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 5 de mayo de 2021 (folios 190 a 253).

¹² Contrato de compraventa de fecha 26 de noviembre de 2020 aportado por EAMD en su escrito de contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia de fecha 16 de febrero de 2021 (folios 56 a 171).

¹³ Escrito de contestación a la solicitud de información a la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 5 de mayo de 2021 (folios 190 a 253).

¹⁴ Resolución de la SSR del Consejo de la CNMC de 21 de enero de 2021 en el expediente TPE/DE/004/19 aportada por EAMD en su escrito de contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia de fecha 16 de febrero de 2021 (Folios 29 a 95).

- El 13 de mayo de 2020,¹⁵ el Pleno del Ayuntamiento de Arnoia acordó adjudicar definitivamente a EAMD los activos de distribución de la red eléctrica de la zona de distribución de Arnoia.
- El 26 de noviembre de 2020, se suscribió en escritura pública el citado contrato de compraventa entre el Ayuntamiento de Arnoia y EAMD, en virtud del cual los activos objeto de la operación devinieron activos de distribución de electricidad en propiedad de la citada empresa distribuidora.

III.2. La OPERACIÓN SUPERABA EL UMBRAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 8.1.A) DE LA LDC.

- (26) El 3 de febrero de 2021, en el marco de la DP/ACP/065/21 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.3 de la LDC, se remitió a EAMD un requerimiento de información relativo a la naturaleza y características de la operación, con el fin de saber si cumplía los umbrales de notificación obligatoria ante la CNMC¹⁶.
- (27) El 16 de febrero de 2021, tuvo entrada la contestación de EAMD¹⁷ en la que se indicaba que la operación ya había sido ejecutada mediante escritura de compraventa de activos firmada el 26 de noviembre de 2020, y que no concurrían las circunstancias previstas en la LDC para la notificación obligatoria de la operación descrita por los siguientes motivos:
- En primer lugar, los activos adquiridos por EAMD al Ayuntamiento de Arnoia no constituían activos de distribución de energía ya que su gestor no cumplía con las condiciones exigidas por la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE).
 - En segundo lugar, el propio Ayuntamiento de Arnoia no había tenido nunca la condición de distribuidor de energía, al no tratarse de una sociedad de capital ni una cooperativa; y, por tanto, nunca había figurado inscrito como tal en el Registro Administrativo de Distribuidores de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica.

¹⁵ Previamente, mediante Resolución de la Jefatura Territorial del Servicio de Energía y Minas de la Xunta de Galicia de fecha 20 de marzo de 2020 se concedieron las autorizaciones administrativas previas y de constitución para las instalaciones eléctricas del Ayuntamiento de Arnoia y se autorizó la transmisión en el plazo de 6 meses de aquellas otras instalaciones titularidad del Ayuntamiento que ya disponían de autorización de explotación. Asimismo, mediante Resolución de la Jefatura Territorial del Servicio de Energía y Minas de la Xunta de Galicia de fecha 11 de mayo de 2020 se autorizó la puesta en explotación de las instalaciones objeto de transmisión.

¹⁶ Requerimiento de información de la Dirección de la Competencia de fecha 3 de febrero de 2021 (folios 1 a 5).

¹⁷ Contestación al requerimiento de información de EAMD de fecha 16 de febrero de 2021 (folios 6 a 171).

- En tercer lugar, debido a la inexistencia de CUPS asignados individualmente, no se podían determinar los puntos de suministro alimentados por los activos de distribución de electricidad adquiridos en la operación.
- En cuarto lugar, respecto del número de CUPS de las distintas distribuidoras que podía operar en las zonas de distribución en las que venía operando EAMD, la empresa incoada afirmaba no disponer de dato alguno.

- (28) Por todo ello, EAMD afirmaba que *“no habiéndose producido ninguna operación de adquisición de rama de actividad que pueda ser considerada como una de las “concentraciones económicas” de obligada notificación previa a la CNMC, dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no debería haberse iniciado el presente procedimiento de revisión”*. Asimismo, EAMD estimaba el número de habitantes a los que la red de distribución adquirida proporcionaba el suministro de electricidad sobre el total de habitantes del municipio, de modo que la cuota nacional conjunta de las partes de la operación era del **[0-10%]** y, por tanto, inferior a lo establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC.
- (29) A la vista de esta contestación y a los efectos de determinar la existencia de una operación de concentración notificable en los términos del art. 8.1.a) de la LDC, se constató, con carácter preliminar, que (i) por un lado, el Ayuntamiento de Arnoia no figuraba en el Registro Oficial de Distribuidores de Energía Eléctrica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico; y (ii) por otro, que no existían CUPS asignados individualmente, por lo que no se podían determinar los puntos de suministro alimentados por los activos de distribución de electricidad adquiridos en la operación y, en consecuencia, determinar la cuota de mercado.
- (30) A estos efectos, con el objeto de determinar el potencial carácter notificable de la operación descrita, la Dirección de Competencia solicitó con fecha 28 de abril de 2021¹⁸ a la Dirección de Energía de la CNMC que indicase (i) una aproximación del número total de puntos de suministro objeto de transmisión mediante el procedimiento de enajenación de activos distribución eléctrica así como (ii) la posibilidad de establecer un mecanismo en virtud del cual se pudiera llevar a cabo una estimación aproximada de la cuota de mercado de distribución de energía eléctrica por parte del Ayuntamiento de Arnoia.
- (31) En contestación a lo anterior, el 5 de mayo de 2021, la Dirección de Energía contestó al requerimiento remitiendo el cálculo de la cuota de mercado a partir del número de puntos de suministros declarados por el Ayuntamiento de Arnoia en

¹⁸ Nota de régimen interior de la Dirección Competencia a la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 28 de abril de 2021 (folios 188 a 189).

2019¹⁹ y de los puntos de suministro declarados por otras empresas activas en el Ayuntamiento de Arnoia en 2019.²⁰

- (32) En este sentido, la Dirección de Energía informó que, de acuerdo con la inspección efectuada en el marco del expediente INS/DE/280/20, se habían identificado para el año 2019, **[500-1000]** puntos de suministro declarados por el Ayuntamiento de Arnoia. Asimismo, en cumplimiento de la Circular 4/2015²¹, la Dirección de Energía identificó la presencia de Unión Fenosa Distribución, S.A., con **[0-500]** puntos de suministro en la zona de distribución del Ayuntamiento de Arnoia. De toda esta información resulta que el porcentaje de puntos adjudicados a EAMD en 2019 ascendía al **[90-100%]**²².
- (33) A la vista de lo anterior, la operación consistente en la adquisición por parte de EAMD de los activos de la red eléctrica propiedad del Ayuntamiento de Arnoia y, por tanto, del control exclusivo de su red de distribución de electricidad era de notificación obligatoria a la CNMC con carácter previo a su ejecución en tanto se superaba el umbral establecido en el artículo 8.1. letra a) de la LDC.
- (34) En consecuencia, el 6 de julio de 2021, la Dirección de Competencia comunicó a EAMD que, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 8.1.a) de la LDC, la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de EAMD de los activos de la red eléctrica propiedad del Ayuntamiento de Arnoia, por la que adquirió, con fecha 26 de noviembre de 2020, el control exclusivo de su red de distribución de electricidad era de notificación obligatoria a la CNMC

¹⁹ Sobre la base de la inspección efectuada por la Dirección de Energía en el expediente INS/DE/280/20 se identificaron 857 puntos de suministro en la zona de distribución de electricidad del Ayuntamiento de Arnoia. En el momento de recibir la respuesta a la NRI el acta de inspección se encontraba en fase alegaciones por los sujetos afectados. El proceso de inspección culminará con una Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria.

²⁰ La Dirección de Energía de acuerdo con lo dispuesto en la Circular 4/2015, de 22 de julio, de la CNMC, de petición de información a las empresas distribuidoras de energía eléctrica para la supervisión y cálculo de la retribución de la actividad, identifica la presencia de la distribuidora Unión Fenosa Distribución S.A. con 8 puntos de suministro en 2019 en la zona de distribución del Ayuntamiento de Arnoia.

²¹ Circular informativa 4/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de petición de información a las empresas distribuidoras de energía eléctrica para la supervisión y cálculo de la retribución de la actividad.

²² Según informó la Dirección de Energía, la cuota de mercado es representativa del mercado de distribución objeto de la transmisión, al no ser viable desde el punto de vista normativo, un fraccionamiento adicional de dicho mercado. Los activos que configuran la red de distribución eléctrica del Ayuntamiento de Arnoia deberían haber sido transferidos mediante cesión automática por la Comunidad Autónoma de Galicia a la empresa suministradora con la red más cercana a donde se encuentran ubicados los puntos de suministro, este caso, Unión Fenosa o alternatively debería ser realizada por otro distribuidor legalmente habilitado siendo la Xunta de Galicia, en caso de conflicto, sobre la identidad del distribuidor de la zona, el órgano competente para dirimir la identidad del distribuidor competente en la zona.

previamente a su ejecución, requiriéndole de oficio que, en cumplimiento del art. 9.5 de la LDC, procediese a presentar formalmente la notificación de la misma en el plazo de 20 días.

- (35) En dicho escrito de 6 de julio de 2021, la Dirección de Competencia también comunicó a EAMD que la notificación debía ajustarse al formulario de notificación recogido en el Anexo II/III del RDC y que, de acuerdo con el citado artículo 9.5 de la LDC, transcurrido el plazo indicado sin haber sido presentada la notificación, la Dirección de Competencia podría iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas previstas en los artículos 61 a 70 de la LDC²³.

III.3. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN NO FUE NOTIFICADA POR EAMD.

- (36) El 4 de agosto de 2021, EAMD contestó al citado requerimiento aportando un escrito con el formulario ordinario de notificación incompleto, sin contestar a todos y cada uno de los apartados requeridos, contestando a la mayoría de las cuestiones requeridas con “no aplica”. Así, a modo ilustrativo, cuestiones tan relevantes como la definición del mercado de producto y geográfico fueron contestadas por EAMD con “No aplica, ya que no se da ni mercado de producto ni mercado geográfico”²⁴.
- (37) En dicho escrito de 4 de agosto de 2021, EAMD no adjuntaba toda la información estipulada en la Sección 8ª del Anexo II del RDC, en particular, el justificante de pago de la correspondiente tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, recogida en los artículos 22 y 60 del RDC.
- (38) En consecuencia, el escrito presentado por EAMD no cumplía los requisitos que determinan la preceptiva notificación de la operación en los términos previstos en el artículo 56.3 del RDC por no estar cumplimentados todos y cada uno de los apartados del formulario de notificación, así como por no haber adjuntado toda la información requerida.

²³ Solicitud de notificación de la operación por parte de la Dirección de Competencia de fecha 6 de julio de 2021 (folios 272 y 273).

²⁴ Escrito de contestación al requerimiento de notificación de EAMD de 4 de agosto de 2021 (folios 280 a 297).

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV.1. [PRIMERO] Habilitación competencial y objeto del expediente

- (39) Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento²⁵.
- (40) La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la Dirección de Competencia en su propuesta, EAMD ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la LDC, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la LDC deberán notificarse a la CNMC previamente a su ejecución.
- (41) Esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.b) de la LDC como una infracción grave, por lo que el Consejo de la CNMC podría imponer una sanción por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora [art. 63.1.b) de la LDC] de considerarse acreditada.

IV.2. [SEGUNDO] Tipificación de la conducta

IV.2.A. Principios generales

- (42) El artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica y el artículo 8.1 b) establece que serán de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros.
- (43) Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1, en su letra a), párrafo segundo, prevé que se notificarán las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o un incremento de una cuota de mercado igual o superior al 50% del mercado relevante de producto o servicio, en aquellos casos, como el presente, en que el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros.

²⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

- (44) De conformidad con lo establecido en la normativa transcrita, **dos son los requisitos** que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor:
- que la operación de concentración en cuestión sea **notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC**,
 - que dicha notificación se haya efectuado **con posterioridad a la ejecución de la operación** a través de la cual se instrumenta la concentración.
- (45) La notificación extemporánea de la notificación no admite duda ya que la operación de concentración ELECTRA ALTO MIÑO/ACTIVOS ARNOIA fue ejecutada por EAMD el 26 de noviembre de 2020, sin que se haya cumplido adecuadamente la obligación de notificar a la fecha de la presente Resolución.
- (46) Se analiza a continuación si la operación de concentración objeto de esta resolución reunía los requisitos para su notificación obligatoria a la CNMC con arreglo a los preceptos indicados.

IV.2.B. Sobre el mercado en el que se produce la operación de concentración

- (47) El análisis del mercado resulta relevante para determinar si una operación de concentración debe ser notificada a la CNMC por superar los umbrales legalmente previstos.
- (48) Numerosos precedentes comunitarios²⁶ y nacionales²⁷ sobre el mercado de la distribución de energía eléctrica han determinado que el mercado geográfico relevante de las redes de distribución viene delimitado por el área que abarcan las correspondientes autorizaciones administrativas, que generalmente hacen referencia a términos municipales determinados, constituyendo cada red de distribución un monopolio natural. La propia LSE, en su artículo 39, reconoce el carácter de monopolio natural de la actividad de distribución de electricidad en el área geográfica delimitada por el área que abarcan las autorizaciones administrativas.
- (49) En la presente operación, la autorización administrativa se ciñe al ámbito local, dado que, como ha declarado la adquirente, los activos adquiridos prestan el servicio de distribución y suministro de energía eléctrica en los municipios de Arnoia y Cortegada, provincia de Orense.

²⁶ Entre otros los recientes asuntos COMP/M.8870 E. ON/Innogy y M.9952 – PKN ORLEN/PGNiG que reiteran la doctrina tradicional en asuntos como COMP/M.5224 - EDF / BRITISH ENERGY, COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP.

²⁷ Entre otros, expedientes C/771/16 Endesa/Eléctrica del Ebro, C/0465/12 Iberdrola/Navasfrías y Gas Natural/Iberdrola Distribución, C-0098/08 Gas Natural/Unión Fenosa y C/0850/17: Grupo Empresarial Energálica / Progreso del Pirineo / Sociedad ELÉCTRICA Ribera del Fresno.

IV.2.C. Sobre la obligación de notificar la operación de concentración

- (50) Respecto del carácter notificable de la operación descrita, consta acreditado, de conformidad con la información aportada por la Dirección de Energía²⁸, que el porcentaje de puntos adjudicados a EAMD para 2019 mediante el concurso público de enajenación de bienes patrimoniales celebrado por el Ayuntamiento de Arnoia ascendía al **[90-100%]**.
- (51) En virtud de lo anterior, la Dirección de Competencia confirmó e informó a EAMD que la cuota por ella adquirida en el mercado de la distribución de energía eléctrica en el mercado geográfico relevante en 2019 superaba el umbral de cuota de mercado recogido en el art. 8.1 letra a) de la LDC y, por tanto, la operación descrita era notificable ante la CNMC.

IV.2.D. Sobre la ejecución con carácter previo a la notificación

- (52) Consta acreditado que la operación de concentración económica fue ejecutada el 26 de noviembre de 2020²⁹, mediante la suscripción en escritura pública del contrato de compraventa entre el Ayuntamiento de Arnoia y EAMD, y la consiguiente transferencia de los derechos de propiedad de los activos distribución de electricidad. Por tanto, desde esa fecha, EAMD pudo ejercer una influencia y control decisivo en las actividades y decisiones estratégicas sobre los activos de distribución objeto de la operación sin que la empresa adquirente notificase formalmente dicha adquisición a la CNMC con el objeto de recabar la preceptiva autorización con carácter previo a su ejecución.
- (53) Una vez confirmado el carácter notificable de la misma, con fecha 7 de julio de 2021, la Dirección de Competencia informó a EAMD de la obligación de notificación de la operación³⁰, requiriéndole de oficio que procediese a presentar formalmente el formulario de notificación en el plazo de 20 días de conformidad con el artículo 9.5 de la LDC y procediese a aportar el justificante del pago de la tasa correspondiente.
- (54) No obstante, lo anterior, aunque EAMD contestó al citado requerimiento no puede considerarse como el formulario ordinario de notificación recogido en el Anexo II del RDC, dado que estaba incompleto, cumplimentado de manera imprecisa,

²⁸ Escrito de contestación a la solicitud de información interna a la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 5 de mayo de 2021 (folios 190 a 253).

²⁹ Contrato de compraventa de fecha 26 de noviembre de 2020 aportado por EAMD en su escrito de contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia de fecha 16 de febrero de 2021 (folios 56 a 171).

³⁰ Solicitud de notificación de la operación por parte de la Dirección de Competencia de fecha 7 de julio de 2021 (folios 272 y 273).

contestando a la mayoría de las cuestiones requeridas con “no aplica”. Así, a modo ilustrativo, cuestiones tan relevantes como la definición del mercado de producto y geográfico fueron contestadas por EAMD con “No aplica, ya que no se da ni mercado de producto ni mercado geográfico”³¹. Asimismo, no se adjuntaba toda la información estipulada en la Sección 8ª del Anexo II del RDC, en particular, el justificante de pago de la correspondiente tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, recogida en los artículos 22 y 60 del RDC.

- (55) En consecuencia, el escrito presentado por EAMD no cumplía los requisitos que determinan la preceptiva notificación de la operación en los términos previstos en el artículo 56.3 del RDC por no estar cumplimentados todos y cada uno de los apartados del formulario de notificación, así como por no haber adjuntado toda la información requerida. Por tanto, esta Sala considera que, **el documento presentado por EAMD no cumplía los requisitos mínimos legal y reglamentariamente establecidos, para considerar la concentración formalmente notificada a la CNMC.**
- (56) Asimismo, EAMD no ha reconocido en ningún momento de manera expresa que la operación de adquisición de los activos del Ayuntamiento de Arnoia constituya una concentración sujeta a control en los términos del artículo 7 de la LDC³²: *“Por tanto, no habiéndose producido ninguna operación de adquisición de rama de actividad que pueda ser considerada como una de las “concentraciones económicas” de obligada notificación previa a la CNMC, dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no debería haberse iniciado el presente procedimiento de revisión”.*
- (57) En línea con lo anterior, en el escrito de alegaciones al acuerdo de incoación presentado por EAMD,³³ la citada empresa continua alegando que la operación de adquisición de los activos de distribución en cuestión no constituye una concentración sujeta a control de la CNMC, como consta tanto en el párrafo 3 del escrito de alegaciones en el que se señala que *“(s)in entrar a discutir si, efectivamente, la operación de compra de activos llevada a cabo por EAMD constituye una concentración sometida a control lo que sin admitirlo, nos reservamos para trámites posteriores”,* como en el párrafo 24 en el que nuevamente se declara que *“(c)onsiderando lo expuesto y, como decíamos al principio, sin entrar en este momento a valorar si, efectivamente, la compra de*

³¹ Escrito de contestación al requerimiento de notificación de EAMD de 4 de agosto de 2021 (folios 280 a 297).

³² Contestación al requerimiento de información de EAMD de fecha 16 de febrero de 2021 (folios 6 a 171).

³³ Escrito de alegaciones de EAMD de fecha 6 de octubre de 2022 (folios 607 a 617).

activos llevada a cabo por EAMD constituye una concentración sometida a control [...]»³⁴.

- (58) Sin embargo, y tal y como se ha detallado, **la cuota de mercado adquirida por EAMD como consecuencia del procedimiento de enajenación de los activos de distribución del Ayuntamiento de Arnoia ascendía al [90-100%]³⁵ superándose ampliamente el umbral de notificación establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC y, por tanto, debiendo notificarse con carácter previo a su ejecución de conformidad con el artículo 9.1 de la citada normativa.**
- (59) Como ha quedado acreditado, la ejecución de la operación se produjo con la firma contrato de compraventa entre el Ayuntamiento de Arnoia y el EAMD de fecha 26 de noviembre de 2022, fecha en la que se transfirieron los activos de distribución eléctrica propiedad del consistorio a la empresa adjudicataria. No obstante, la operación no fue notificada a la CNMC desde el punto de vista de la LDC, ni posteriormente cuando la Dirección de Competencia informó a la EAMD del carácter notificable de la misma, requiriéndole expresamente que procediera a su notificación formal en varias ocasiones.³⁶
- (60) Por tanto, la operación de concentración en virtud de la que EAMD adquirió los activos de distribución de electricidad del Ayuntamiento de Arnoia **no ha sido formalmente notificada a la CNMC**, no reconociéndose expresamente por parte de la empresa incoada la existencia de una concentración sujeta a control en los términos del artículo 7 de la LDC y, por tanto, incurriendo en una vulneración de la obligación prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la LDC.

IV.2.E. Culpabilidad e individualización

- (61) En el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor³⁷.

³⁴ Escrito de alegaciones de EAMD de fecha 6 de octubre de 2022 (folios 607 a 617).

³⁵ Escrito de contestación a la solicitud de información a la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 5 de mayo de 2021 (folios 190 a 253).

³⁶ Requerimiento de información de la Dirección de la Competencia de fecha 3 de febrero de 2021 (folios 1 a 5) y solicitud de notificación de la operación por parte de la Dirección de Competencia de fecha 6 de julio de 2021 (folios 272 y 273).

³⁷ Por todas, la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

- (62) El Consejo de la CNMC en la Resolución de 14 de marzo de 2017³⁸ analizó el elemento subjetivo del tipo infractor, teniendo en cuenta una serie de circunstancias que eran reveladoras de una responsabilidad de la empresa a título, cuando menos, negligente. A estos efectos señalaba:

“en este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y artículo 28.1 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)”.

En línea con lo anterior, añade la Resolución que *“en ausencia de una debida diligencia, como ha quedado acreditado, la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario”.*

- (63) Para la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, el elemento subjetivo de la infracción puede estar presente en su forma más leve de negligencia ante una falta de atención o cuidado de la empresa adquirente³⁹.

En este sentido, en su sentencia de 18 de septiembre de 2013 (recurso 232/2012) desestima el recurso interpuesto por GRUPO ISOLUX contra la Resolución de la CNC de 10 de abril de 2012 (expediente SNC 0017/11), la AN realiza la siguiente valoración:

“El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC”.

³⁸ Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 Expediente SNC/ DC/0074/16 CONSENUR.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2006.

- (64) A la hora de analizar si la conducta de EAMD, en los hechos que motivan el presente expediente, es culpable, existen una serie de circunstancias que son manifiestamente reveladoras de su responsabilidad.
- (65) EAMD pretende ampararse en el desconocimiento de la normativa de aplicación y en una presunta validación tácita de su conducta. Es obligación de los operadores conocer sus obligaciones legales, sin que puedan esperar ningún tipo de asesoramiento *motu proprio* por parte de los organismos encargados de aplicar la normativa. Además, como ya afirmaba la propuesta de resolución, EAMD tenía a su disposición los instrumentos de pre-notificación y consulta previa, previstos respectivamente en los artículos 56.2 y 59 del RDC, a los que podría haber acudido voluntariamente para despejar las posibles dudas suscitadas por el alcance de su obligación de notificar.
- (66) EAMD desarrolla toda su argumentación basándose en la buena fe con que ha operado a lo largo del expediente, que no ha sido negada en el marco de este. Sobre esa base, alude a que comunicó la adquisición de los activos con carácter previo a su ejecución en el marco del expediente de toma de participaciones de energía previsto en la Disposición Adicional 9ª de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con referencia [TPE/DE/004/19](#).
- (67) Sin embargo, la meritada adecuación con que EAMD obró en el ámbito regulatorio energético, no convalida su falta de diligencia en lo que respecta al control de concentraciones. Sobre esto es necesario hacer algunas precisiones.
- (68) A pesar de la unicidad de la CNMC como autoridad administrativa independiente, esta se manifiesta de modos diferentes, siempre respetando las funciones encomendadas legal y reglamentariamente. El expediente de toma de participaciones referido más arriba tiene un fundamento netamente diferenciado del control de concentraciones económicas. En efecto, aquel consiste en un control *ex post*, cuyo principal objetivo es analizar las adquisiciones en determinados ámbitos del sector energético —entre ellos la distribución de electricidad en su calidad de actividad regulada— en busca de una posible «amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente»⁴⁰ en cuyo caso se podrían establecer las condiciones que se consideraran necesarias para garantizar el suministro. El hecho de que en este supuesto no se haya verificado la existencia de dicha amenaza, no prejuzga el análisis de la concentración desde el punto de vista de su afectación a la competencia.

⁴⁰ Disposición Adicional 9ª.7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- (69) El control de concentraciones económicas, por el contrario, es un análisis *ex ante* que tiene por finalidad evitar posibles efectos anticompetitivos en cualesquiera mercados, antes de que estos se perfeccionen, en perjuicio del correcto funcionamiento de los mercados y, por ende, de los consumidores y usuarios. Ambas funciones, cuyo fundamento y previsión legal son distintos, como acabamos de ver, le corresponden a la CNMC, que se manifiesta de modos diferentes con sujeción siempre a la especialidad funcional y la debida separación entre la instrucción y la resolución.
- (70) La falta de diligencia de EAMD se manifiesta por la notoria negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones legales, debido según afirma a su desconocimiento. A tal punto llegó dicha falta de diligencia que se siguió produciendo con posterioridad a la apertura de diligencias previas, en cuyo trámite EAMD siguió negando la existencia misma de la concentración, incumpliendo además el deber de notificar las concentraciones que la LDC impone a los operadores cuando hay requerimiento por parte de la CNMC.
- (71) A la vista de las circunstancias descritas, debe calificarse la actuación de EAMD como culpable en la comisión de una infracción del artículo 62.3.b de la LDC consistente en la ejecución de una concentración con carácter previo a su notificación y autorización por la CNMC.

IV.3. [TERCERO] Respuesta a otras alegaciones

IV.3.A. Sobre la supuesta incompetencia de la CNMC

- (72) Según EAMD, la CNMC no puede intervenir porque la operación no es susceptible de afectar a la competencia.
- (73) El artículo 7 de la LDC contiene una definición precisa de las concentraciones económicas, mientras que el 8 LDC determina cuáles de estas se encuentran sujetas a un control *ex ante*.
- (74) Examinados los requisitos establecidos en la ley, queda perfectamente claro que la operación de adquisición de los activos Arnoia por parte de EAMD es una concentración, tanto en el sentido técnico del término (se trata de una adquisición de activos), como en lo relativo a su sujeción al control (la cuota de mercado supera con creces el 50% en el mercado relevante). La exigencia de este último requisito es reconocida por EAMD en sus alegaciones, cuando afirma que *«para que se dé una operación de concentración, de las contempladas en la LDC que justifique la intervención de la CNMC, resulta necesario que los operadores económicos involucrados, bien por fusión de sus actividades, adquisición de*

activos o por cualquier otro negocio jurídico, integren tales actividades y superen determinados umbrales de mercado».

- (75) Sin embargo, EAMD niega la concurrencia del requisito objetivo con base en dos elementos fundamentales, a saber, el desarrollo de la actividad de distribución por parte de EAMD antes de la adquisición de los activos y el carácter de monopolio natural de la red de distribución de energía eléctrica.
- (76) Alega EAMD que el hecho de desarrollar su actividad con anterioridad en el mismo mercado de producto —distribución de energía eléctrica— pero en un mercado geográfico diferente —otros municipios de la provincia de Pontevedra— impide hablar de una concentración, porque no existe «solapamiento horizontal». Se trata de un argumento insostenible, debido a que el control de concentraciones pretende precisamente garantizar el conocimiento por parte de la autoridad de competencia, de la adquisición de una cuota relevante en un mercado concreto, sin que sea imprescindible que la empresa adquirente tenga actividad previa en el mismo ámbito concreto en el que se hace la adquisición. EAMD entiende que la adquisición de activos en mercados municipales solo puede ser examinada cuando el adquirente tenga a su vez, con carácter previo, presencia en dicho municipio; siguiendo tal tesis, la entrada de un competidor externo que se hace con todas las empresas relevantes de un mercado geográfico concreto debería pasar desapercibida a ojos de la autoridad de competencia.
- (77) EAMD interpreta erróneamente el concepto de solapamiento horizontal, que en el caso mencionado y en otros muchos precedentes de esta Comisión y de sus antecesoras, sirve para examinar el grado de afectación a la competencia efectiva, pero no puede ser un criterio para descartar *prima facie* el examen de una operación. El argumento debe ser rechazado.
- (78) El otro argumento con el que EAMD pretende sustraerse al control de concentraciones es el carácter regulado de la actividad de distribución de energía eléctrica, cuya cualidad de monopolio natural está reconocida legalmente.
- (79) El hecho de tratarse de un monopolio natural no exime *per se* a la actividad de distribución eléctrica del control de concentraciones, que está diseñado legalmente para examinar las adquisiciones de empresas o activos que superen determinados umbrales. EAMD mezcla en su argumentación dos elementos distintos: por un lado el sometimiento de las empresas al control previo de la CNMC, cuestión objetiva que se puede dilucidar por el volumen de negocio o por la cuota de mercado, con apoyo en los precedentes de esta Comisión, públicamente accesibles; por otro lado el examen de afectación a la competencia efectiva, que puede llevar a la aprobación de la operación, a su paso a segunda

fase para un estudio más pormenorizado, a la imposición de condiciones —o aceptación de compromisos— o, incluso, a la prohibición de la operación.

- (80) EAMD sostiene que el elemento sustantivo de su concentración no causa problemas, extrayendo como corolario que la operación queda automáticamente excluida del control previo. Se trataría, así, de una suerte de exención para operaciones «evidentes», que no está prevista normativamente, ni puede ser aceptada por esta Comisión, so pena de dar carta de naturaleza al hurto de una herramienta básica para el buen funcionamiento del mercado como es el control *ex ante* en materia de concentraciones.

IV.3.B. Sobre la presunta vulneración de la confianza legítima

- (81) Además de lo dicho *supra* en sede de culpabilidad, es preciso detenerse en la presunta vulneración de la confianza legítima pretendida por EAMD.
- (82) EAMD se basa tanto en la ausencia de «advertencia» por parte de los órganos de esta Comisión sobre la necesidad de notificar, como en el hecho de que la Sala de Competencia evacuó informe sin observaciones en el marco de la TPE.
- (83) Respecto de lo primero, cabe remitirse a las valoraciones realizadas en el apartado de culpabilidad.
- (84) El informe de la Sala de Competencia en el marco de la toma de participaciones en el sector energético encuentra su fundamento en el artículo 14.2.j) del Estatuto Orgánico en relación con el artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013. El fundamento de dicho informe no es revisar el cumplimiento de las obligaciones de los operadores en sus respectivos ámbitos de actuación, sino dar traslado a la Sala de Supervisión Regulatoria —en este caso— de posibles cuestiones relacionadas con la apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados. En ningún caso dicho informe sirve para advertir a los operadores de otras obligaciones que puedan tener, ni tampoco para evitar que la Dirección de Competencia pueda desempeñar sus funciones dentro de los límites de su habilitación normativa.
- (85) A mayor abundamiento, si EAMD hubiera querido conocer el parecer de la Dirección de la Competencia sobre la concentración económica, con carácter previo a su ejecución, podría haberlo hecho, ya que la normativa contempla mecanismos previos a la notificación, que permiten a los operadores resolver las posibles dudas que puedan tener sobre la notificabilidad de una concentración, en el marco de un procedimiento formalizado y transparente. En lugar de ello, EAMD esperaba un asesoramiento *motu proprio* de la CNMC, que le indicara cuáles eran sus obligaciones legales y cómo cumplir con ellas, todo lo cual está expresamente

previsto en la normativa aplicable, que puede ser consultada por todos los operadores en condiciones de igualdad.

- (86) EAMD afirma que no hay falta de diligencia porque asumió que bastaba con cumplir los requisitos regulatorios. Ya hemos afirmado que resulta inadmisibile el intento de hacer recaer en la CNMC la responsabilidad de la falta de diligencia de la empresa, pero es preciso destacar además que, aunque es obligación de todos los operadores conocer con precisión la normativa que les resulta de aplicación, dicha obligación adquiere una mayor relevancia para las empresas que realizan actividades reguladas, sobre todo las de especial complejidad como es el caso de la distribución de energía eléctrica.
- (87) La conclusión de todo lo anterior es que no puede entenderse vulnerado el principio de confianza legítima ya que, como se argumenta en sede de culpabilidad, es obligación de los operadores estar al tanto de todos los requisitos legales que deban cumplir.
- (88) No se ha producido una actuación descoordinada o contradictoria por parte del mismo organismo, sino que cada órgano ha cumplido sus funciones en relación con EAMD. La confianza legítima no cubre, como parece considerar EAMD, la proactividad de la Administración en el recordatorio de sus obligaciones, aunque sea con ocasión de otro expediente relacionado. Los mecanismos de pre-notificación y consulta previa previstos en el RDC deben ser solicitados a instancia de parte como garantía de la neutralidad de la autoridad respecto de todos los agentes sujetos al cumplimiento de la normativa en materia de competencia.
- (89) Procede por tanto rechazar la alegación de EAMD y declarar que no se ha producido vulneración de la confianza legítima.

IV.3.B. Sobre la ampliación de plazo solicitada

- (90) En el artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se establece que *«La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados»*.
- (91) Al respecto, esta Comisión considera que los hechos acreditados en la Propuesta de Resolución no han supuesto una variación sustancial de los inicialmente considerados en el momento de la incoación, para cuya contestación se concedió un plazo inicial de quince días, posteriormente ampliado en cinco días adicionales

por Acuerdo de la instructora de fecha 19 de septiembre de 2022. Además, la Dirección de Competencia concedió quince días para la formulación de alegaciones a la propuesta de resolución, siendo dicho plazo el máximo legalmente previsto en el artículo 82.2 de la Ley 39/2015.

- (92) Por tanto, dado el momento procedimental en el que se encontraba el expediente a la fecha de la solicitud y considerando que el plazo concedido para presentar alegaciones se ajusta a lo establecido legalmente, no existiendo menoscabo de los derechos de defensa de la parte interesada, se considera que las circunstancias actuales no aconsejan ampliar el plazo inicialmente otorgado, por lo que se acuerda no acceder a lo solicitado.

IV.3.B. Sobre la prueba solicitada

- (93) En las alegaciones a la propuesta de resolución EAMD solicitó *«designar los expedientes TPE/DE/004/19 y INS/DE/280/20, tramitados ante este mismo organismo para su incorporación a este expediente sancionador, y en particular los documentos del mismo mencionados en este escrito, así como el Informe de la Sala de Competencia de la CNMC de fecha 19 de enero de 2021 incorporado al primero»*.
- (94) Las alegaciones de EAMD han sido adecuadamente examinadas, teniendo en cuenta las referencias realizadas a los expedientes mencionados y siendo rebatidas las alegaciones realizadas en mérito a ellos, por lo que no se considera necesaria la inclusión en el expediente de dicha documentación.

IV.4. [CUARTO] Determinación de la sanción

- (95) Conforme al artículo 63.1.b) de la LDC en el caso de infracciones graves, la sanción a imponer será una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- (96) El volumen de negocios total en el año 2021 de ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA S.L.U., de acuerdo con la información aportada por la empresa, ascendió a [**<10 millones de**] euros⁴¹.
- (97) El control de concentraciones se configura como un instrumento de carácter preventivo, cuya finalidad es evitar y, en su caso, corregir la excesiva

⁴¹ Contestación de 22 de septiembre de 2022 de EAMD aportando volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2021 (folios 602 a 606).

concentración de las fuerzas de mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado.

- (98) La falta de notificación de una operación de concentración económica sujeta al control de la CNMC en virtud de lo dispuesto en la LDC priva a la autoridad de la posibilidad de valorar la transacción y evitar —mediante el establecimiento de compromisos o condiciones o directamente prohibiéndola— un posible impacto negativo de la misma sobre las condiciones de competencia. Dado que la competencia es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado y su distorsión puede desembocar en restricciones de oferta y sobrepuestos, de la omisión de notificación previa se deriva un perjuicio potencial directo sobre los derechos e intereses de los consumidores.
- (99) Los criterios para la determinación del importe de las multas por las infracciones tipificadas en la LDC se recogen en el artículo 64 de la misma ley. En particular, teniendo presente el principio de proporcionalidad, esta Sala considera que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el importe de la sanción las siguientes cuestiones.
- (100) En primer lugar, respecto de las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la operación de concentración analizada, cuyo importe ascendió a euros, supuso la adquisición por parte de EAMD del control exclusivo de todos los activos que configuran la red de distribución eléctrica en todo el municipio de Arnoia (Orense).
- (101) En segundo lugar, respecto de la cuota de mercado (art. 64.1.b), a EAMD se le adjudicaron en 2019 el **[90-100%]** de los puntos de suministro del Ayuntamiento de Arnoia.
- (102) En tercer lugar, la duración de la conducta (art. 64.1.c) abarca desde la ejecución formal de la operación, el 26 de noviembre de 2020, fecha de la escritura de compraventa de los activos, hasta la actualidad.
- (103) También ha de tenerse en cuenta para la determinación de la propuesta de sanción que EAMD no ha reconocido en este caso la necesidad de haber sometido la operación a control previo ni ha accedido, pese al requerimiento de la Dirección de Competencia, a subsanar el incumplimiento mediante la notificación de la operación de adquisición
- (104) Esta Sala considera, en línea con lo afirmado por la Dirección de Competencia, no concurre ninguna de las circunstancias agravantes o atenuantes que se contemplan en el artículo 64.2 de la LDC

V. RESUELVE

Primero. Declarar que la adquisición por ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. del control exclusivo de todos los activos que configuran la red de distribución eléctrica en todo el municipio de Arnoia (Orense), ejecutada con fecha 26 de noviembre de 2020, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supone una conducta contraria al artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en una infracción grave del artículo 62.3.b) de la LDC.

Segundo. Imponer a ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U., como responsable de dicha infracción, la sanción de multa de 30.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 b) de la LDC.

Tercero. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a ELECTRA ALTO MIÑO DISTRIBUIDORA DE ENERGÍA, S.L.U. haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.