

RESOLUCIÓN

(Expediente S/0475/13 COMERCIALIZADORAS GAS Y ELECTRICIDAD)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA.

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 16 de abril de 2015.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), con la composición expresada al margen, ha conocido la propuesta de archivo y no incoación de expediente sancionador elevada por la Dirección de Competencia (en adelante DC) de la CNMC en relación con la investigación referenciada como S/0475/13 Comercializadoras Gas y Electricidad, en relación a determinadas actuaciones que podrían constituir una infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de Octubre de 2012, el Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León (en adelante SDC-CyL) remitió a la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), una nota sucinta en la que se daba cuenta de distintas denuncias remitidas por el Servicio

Territorial de Industria Comercio y Turismo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, en relación con las determinadas deficiencias detectadas en el cambio de empresa comercializadora de electricidad y gas, entre ellas la ausencia del necesario consentimiento del titular del contrato de suministro (folios 3 y 7). Las citadas denuncias se referían a contratos de las empresas GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U., HIDROCANTABRICO ENERGIA, S.A.U. y NATURGAS ENERGIA COMERCIALIZADORA, S.A.U.

2. Mediante escrito de 8 de noviembre de 2012 (con entrada en el SDC-CyL el 12 del mismo mes), la DI indicó al SDC-CyL la conveniencia de realizar una información reservada, dirigida a conocer la extensión y alcance de las conductas que habían motivado las reclamaciones y determinar si la conducta denunciada hubiera podido tener efectos que se extendieran más allá de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (folios 3 y 10)
3. Atendiendo al requerimiento descrito en el punto anterior, el 22 de Enero de 2013 el SDC-CyL informó a la DI que en el marco de la información reservada desarrollada (IR-08/12) había requerido información a las entidades IBERDROLA Comercializadora de último recurso S.A.U., IBERDROLA Generación S.A.U., Gas Natural Fenosa Castilla y León y Madrileña Suministro de Gas S.L. Asimismo y por considerar que los hechos investigados pudieran ser conocidos por la Oficina de Cambios de Suministrador S.A. (OCSUM), el SDC-CyL comunicó a la DI la remisión de una solicitud de informe a dicha oficina en relación con los hechos reclamados (folio 278).
4. Con fecha 22 de marzo de 2013, el SDC-CyL remitió a la DI nueva nota sucinta con información adicional recabada en el marco de la información reservada iniciada (folios 6 al 12), en la que concluía indicando que el órgano competente para conocer la presunta infracción era la CNMC, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las CC.AA. en materia de defensa de la competencia.
5. Con fecha 22 de mayo de 2013, la DI acordó el inicio de una información reservada bajo la referencia S/0475/13, con objeto de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador. Igualmente la DI acordó la incorporación al expediente de parte de la documentación remitida por el SDC-CyL bajo la referencia 33CyL 06-75/12 en aplicación del artículo del artículo 2.1 de la citada Ley 1/2002 (folios 1-346).
6. Con fecha 2 de diciembre de 2013, la DC (antigua DI) de la CNMC acordó deducir testimonio de la respuesta emitida por GALP ENERGIA a requerimiento del SDC-CyL contenida en la documentación remitida para incluirlo en el expediente de vigilancia de la concentración VC-003 GAS NATURAL/UNION FENOSA (folios 347-349)
7. Asimismo, con fecha 25 de marzo de 2014, la DC acordó efectuar nuevas deducciones de testimonio de la documentación remitida por el SDC-CyL, al objeto de poder remitirlos, para su análisis, a la Dirección de Energía de la CNMC.

La nueva deducción de testimonio se encontraba referida a la información contenida en los escritos de respuesta que las empresas GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U., GAS NATURAL CASTILLA Y LEON, S.A. e IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA S.A.U. remitieron a requerimiento del Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid (y, en su caso, de la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Valladolid), con motivo de las reclamaciones presentadas por varios usuarios por deficiencias surgidas en el cambio de contrato con empresas comercializadoras de electricidad y gas sin el necesario consentimiento del titular.

8. Las citadas deducciones de testimonio fueron notificadas a las empresas interesadas -GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U. (folios 352-354), GAS NATURAL CASTILLA Y LEON, S.A. (folios 357-359) e IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA S.A.U. (folios 362-364)- con fecha 26 de marzo de 2014, para que pudieran manifestar las alegaciones que consideran oportunas y solicitar, en su caso, de manera motivada la confidencialidad de dicha documentación.

Entre el 1 y el 4 de abril de 2014, tuvieron entrada en la CNMC los escritos de alegaciones presentados por las citadas empresas -IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA S.A.U. (1 de abril, folio 367), GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U. (3 de abril, folios 391-411) y GAS NATURAL CASTILLA Y LEON, S.A. (4 de abril, folios 425-426), en los que no manifestaban inconveniente en el traslado a la Dirección de Energía de la documentación referenciada ni se solicitaba la confidencialidad de la misma, si bien GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U. solicitaba el archivo de las actuaciones.

9. Con fecha 4 de abril de 2014, la DC remitió a la Dirección de Energía de la CNMC, copia de las reclamaciones formuladas por consumidores residentes en la provincia de Valladolid, referidas a un supuesto cambio de suministrador de gas y electricidad sin consentimiento del cliente, las respuestas recibidas de las correspondientes compañías eléctricas (folios 22-262) así como de las alegaciones formuladas por dichas compañías en relación a la deducción de testimonio efectuada para remitir dicha documentación a esa Dirección de Energía (folios 367-435), al objeto de que por parte de dicha Dirección pudiera procederse a su análisis en relación a un posible incumplimiento de la normativa sectorial.
10. Con fecha 25 de agosto de 2014, la DC elevó a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la propuesta de archivo y no incoación de expediente sancionador (S/0475/13 COMERCIALIZADORAS GAS Y ELECTRICIDAD) con la siguiente conclusión (folios 438-451):

“de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley”.

11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de abril de 2015.

HECHOS ACREDITADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC debe analizar los siguientes hechos descritos por la DC en su propuesta de archivo que se transcriben a continuación:

1. HECHOS DENUNCIADOS E INVESTIGADOS

La DC sintetiza los hechos investigados, referidos a las prácticas comerciales referidas en las distintas reclamaciones realizadas por consumidores que se dirigieron al Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid, en los siguientes párrafos de su propuesta de archivo:

(27) El origen de las actuaciones remitidas a esta Dirección de Competencia, lo constituyen nueve reclamaciones realizadas por consumidores que se dirigieron al Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid, con motivo de haber sido cambiados de compañía comercializadora sin su consentimiento o habiéndose obtenido éste mediante engaño.

(28) Todas las reclamaciones, interpuestas entre junio y agosto de 2012, se dirigen contra GALP ENERGÍA. En concreto, de la mayoría de ellas se desprenden unos hechos muy similares que apuntan a visitas realizadas a consumidores por supuestos comerciales de IBERDROLA, que solicitan documento nacional de identidad y firma de documentos al objeto de cambiarle el sistema de facturación del suministro que tenía con esta compañía. Con posterioridad los clientes reciben factura de GALP ENERGIA por contratos de suministro de gas y electricidad y por servicios de mantenimiento denominados Comforthogar y Comfortgas. Una vez detectado el cambio de suministrador, los consumidores solicitaban de nuevo el cambio al objeto de poder continuar con la compañía que tenían anteriormente. Este cambio se producía pero se encontraban con que GALP les seguía facturando durante el periodo de un año los servicios de mantenimiento citados anteriormente, indicándoles que eran independientes de la facturación del suministro y para poder efectuar su baja debería constar una solicitud expresa al respecto.

(29) En otro caso se trata también de una reclamación contra GALP ENERGIA, pero se basa en que se ha realizado un cambio de suministro de gas desde GAS NATURAL FENOSA a GALP ENERGIA sin haberse prestado consentimiento puesto que el titular había fallecido con anterioridad.

(30) Asimismo existen otros tres casos, además del que se cita en el párrafo anterior, en los que los consumidores manifiestan que se les ha efectuado el cambio de suministrador de gas y electricidad sin haber firmado ningún documento y sin haber dado su consentimiento expreso. En uno de ellos consta, mediante aportación de GALP, la transcripción de una conversación telefónica en la que el cliente muestra su conformidad al mencionado cambio de suministro, hecho que es negado por parte del consumidor. En los casos restantes no consta ninguna información que acredite que el consumidor haya dado su consentimiento expreso a dicho cambio.

(31) Asimismo, el SDC de la Junta de Castilla y León, una vez recibidas las mencionadas reclamaciones, inició una información reservada en el marco de la cual efectuó diversos requerimientos dirigidos a las compañías GALP ENERGIA, GAS NATURAL S.U.R. SDG, S.A., e IBERDROLA GENERACION, S.A.U. y a la OFICINA DE CAMBIOS DE SUMINISTRADOR (OCSUM). Consecuencia de ello, se detectaron una serie de comportamientos que podrían ser anticompetitivos y que quedan reflejados en la nota sucinta transmitida a esta Dirección.

(32) Estas conductas puestas de manifiesto por el SDC, básicamente, vendrían referidas a: (i) la realización, por parte determinadas comercializadoras, de cambios de suministrador de gas y electricidad mediante la obtención del consentimiento del consumidor de forma engañosa, así como la contratación de servicios de mantenimiento sin la obtención previa del consentimiento (ii) el papel desempeñado por dichas compañías distribuidoras en los citados cambios de suministrador, iii) el intercambio de información entre comercializadoras y distribuidoras a través del Sistema para Comunicación entre el Transportista y Distribuidor (SCTD) a la hora de realizar el cambio de empresa suministradora de gas, desconociendo si el mismo está a disposición de todos los operadores; y por último, (iv) la cesión de activos entre empresas comercializadoras de gas y electricidad sin el consentimiento expreso de los consumidores.

Respecto al intercambio de información entre las compañías comercializadoras y distribuidoras de gas a través del SCTD, la DC afirma lo siguiente:

- (52) La información que comparten las distribuidoras y las comercializadoras de gas a la hora de efectuar altas o bajas de suministros de gas se realiza mediante el Sistema de Comunicación entre el Transportista y el Distribuidor (SCTD).*
- (53) El SCTD es un sistema de comunicación que está regulado en la Resolución de 30 de abril de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica el protocolo de detalle PD-04 «Mecanismos de Comunicación» de las normas de gestión técnica del sistema gasista¹.*
- (54) En el apartado 1 del Anexo “Protocolo de Detalle PD-04, Mecanismos de Comunicación”, de la citada Resolución se indica que: “Los distribuidores*

¹ Boletín Oficial del Estado núm. 117 de 16 de mayo de 2013.

dispondrán de un sistema informatizado, denominado Sistema de Comunicación Transporte-Distribución (SCTD), que soporte la gestión de sus interrelaciones con comercializadores y con el GTS (Gestor Técnico del Sistema), respetando los principios recogidos en las Normas de Gestión Técnica del Sistema y en el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural”.

- (55) *Por otra parte también se especifica que “el SCTD respetará los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y confidencialidad. Será accesible para los comercializadores y para el GTS en base a procedimientos y formatos establecidos que permitan un tratamiento automatizado de la información”.*

Por último, respecto a la cesión de activos entre empresas comercializadoras de gas y electricidad sin el consentimiento expreso de los consumidores, la DC detalla la existencia de dos respuestas de GALP ENERGIA al Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid que exponen los siguientes hechos:

- (59) *Entre la documentación contenida en el expediente, consta la contestación realizada por GALP ENERGIA al Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid en la que indica textualmente: “Dentro del proceso iniciado en abril de 2010, con la adquisición de una amplia cartera de nuevos clientes y motivado por la migración de los sistemas de información de Gas Natural Fenosa a GALP Energía España, realizada entre el día 28 de octubre de 2011 y el 3 de noviembre de 2011, se ha producido una indisponibilidad temporal de información que podría redundar en el menoscabo en la calidad del servicio atención en plazo, a sus requerimientos oficiales, circunstancia que ha sido igualmente informada a la Comisión Nacional de Energía (CNE)”*
- (60) *Por otra parte, en el expediente también consta otra contestación de GALP ENERGIA al citado Servicio Territorial en la que indicaba: “ los Contratos Transitorios de Prestación de Servicios (TSAs) no funcionaron conforme hubiera sido deseable: Bien por contrataciones efectuadas, sin un adecuado ajuste a la normativa, Bien por una deficiente (cuando no inexistente) gestión de los documentos contractuales de los clientes transmitidos a Galp Energía por la citada operación bien por un uso más que cuestionable de los datos de carácter personal de los clientes ahora adquiridos por Galp Energía, que fueron utilizados inmediatamente después de la finalización de los TSAs – noviembre 2011, para lanzar una campaña de captación de los contratos de Gas Natural que fueron transmitidos a Galp Energía. Campaña repetida nuevamente el pasado mes de noviembre de 2012”.*

2. EMPRESAS RELACIONADAS CON LAS DENUNCIAS

En relación con los hechos denunciados en las reclamaciones realizadas por los distintos consumidores de la provincia de Valladolid en relación a un supuesto cambio de suministrador de gas y electricidad sin consentimiento del cliente, el Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid (y, en algunos casos, la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Valladolid), así como, posteriormente, la DC de la CNMC solicitaron información y alegaciones a las siguientes empresas.

2.1 GALP ENERGIA ESPAÑA S.A.U.

Según los datos obtenidos de su página web (www.galpennergia.com/es) GALP ENERGIA es un grupo portugués de productos petrolíferos y gas natural. Sus actividades incluyen desde la explotación y producción de petróleo y gas natural, a la refinación y distribución de productos petrolíferos, distribución y venta de gas natural y generación de energía eléctrica.

En España, se dedica principalmente a la comercialización de productos derivados del petróleo y servicios relacionados.

En el mercado del gas natural, GALP ENERGIA concluyó (el 30 de abril de 2010) la adquisición de dos empresas de comercialización de gas natural en la región de Madrid: Madrileña Suministro de Gas SUR y Madrileña Suministro de Gas. Esta operación supuso la adquisición de 412.000 clientes, con un consumo total anual de 300 millones de metros cúbicos, ubicados en un área que abarca aproximadamente 40 municipios de la región norte de Madrid.

Esta adquisición convirtió a GALP ENERGIA en el segundo operador más grande de gas natural en la Península Ibérica, con una cuota de mercado del 15%.

2.2 HIDROCANTABRICO ENERGIA S.A.U. (HIDROCANTABRICO)

Según los datos obtenidos de la web www.edpenergía.es, HIDROCANTABRICO es una sociedad dedicada a la distribución y comercialización de energía eléctrica. Desde el 9 de septiembre de 2004 está controlada exclusivamente por el Grupo EDP - Energías de Portugal- (Expte. M.3448 EDP/Hidroeléctrica del Cantábrico. Decisión de la CE de fecha 09/09/2004).

El Grupo EDP está presente en España en la producción, generación, distribución y comercialización de electricidad, gas y servicios, teniendo sus principales centros de actividad en Asturias, Cantabria, Murcia y País Vasco, donde es operador de referencia en gas y electricidad. Actualmente es el cuarto productor y distribuidor de electricidad y el segundo operador de gas natural y cuenta con una cartera comercial de más de dos millones de clientes repartidos por toda España.

2.3 NATURGAS ENERGIA COMERCIALIZADORA, S.A.U. (NATURGAS)

De los datos obtenidos de la página web www.edpenergía.es, NATURGAS es la sociedad cabecera del Grupo Naturgas, que opera en los mercados de gas (transporte,

distribución y comercialización) y electricidad (comercialización). Fue adquirida por el Grupo EDP a través de HIDROCANTABRICO (Expte. M.5989 HC/Naturgas. Decisión de la CE de fecha 17/11/2010).

El Grupo EDP, en cuanto al mercado del gas natural, realiza en España la gestión de los activos regulados de distribución, incluyendo la promoción de nuevas infraestructuras de distribución, su desarrollo y construcción, así como los servicios de operación, mantenimiento y optimización. También realiza actividades de suministro de gas a clientes y prestación de otros servicios relacionados con la comercialización.

3. MERCADOS Y SECTORES AFECTADOS

Según advierte la propuesta de archivo remitida por la DC el sector afectado por las denuncias recibidas es el sector energético. Dentro de éste la DC diferencia como posibles mercados de producto afectados: (i) el suministro minorista de gas natural, (ii) el suministro minorista de electricidad y (iii) los servicios de mantenimiento asociados a los contratos de gas y electricidad.

Citando distintos precedentes nacionales (TDC C-94/05 GAS NATURAL/ENDESA, C/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA, C/0211/10 GALP/GASNATURAL-ACTIVOS-) y comunitarios (M.4180 GDF/SUEZ, M.3696 E.ON/MOL, M.3440 ENI/EDP/GDP) la DC recuerda que las autoridades de competencia han considerado que la electricidad y el gas natural se encuentran en mercados de producto diferenciados, sobre la base de la reducida sustituibilidad por el lado de la demanda para el consumidor final entre el gas y la electricidad (entre otros, por la exigencia de utilizar equipos distintos para su consumo), y la escasa sustituibilidad por el lado de la oferta (dado que los modos de obtención, las posibilidades de almacenamiento, los mecanismos de transporte, etc. son diferentes).

Con respecto al mercado geográfico la DC señala que tanto en el suministro minorista de gas como en el suministro minorista de electricidad y en los contratos de mantenimiento asociados a los contratos de gas y electricidad, los precedentes han considerado que tienen un ámbito geográfico de carácter nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional.

La propuesta de archivo también realiza una breve descripción de los tres posibles mercados afectados (suministro minorista de gas natural, suministro minorista de electricidad y (servicios de mantenimiento asociados a los contratos de gas y electricidad) si bien, dadas las características de los hechos denunciados y la valoración jurídica efectuada por el órgano instructor sobre los mismos, esta Sala no considera necesario profundizar en el análisis efectuado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 13/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre del Ministerio de Economía y Competitividad, 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 [...]”*

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

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

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

El objeto de la presente resolución es determinar si, como sostiene la DC, las conductas investigadas no presentan indicios de infracción de la LDC y procede el archivo de las actuaciones, de conformidad con el artículo 49.3 de la LDC.

En concreto, la DC propone la no incoación del procedimiento sancionador en los siguientes términos:

“de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley”.

Para alcanzar esta conclusión la DC realiza la siguiente valoración de las conductas investigadas:

1- Cambios de suministrador de gas y electricidad mediante la obtención del consentimiento de forma engañosa.

La DC considera que los hechos denunciados e investigados no pueden considerarse una infracción de los artículos 1 o 3 de la LDC, de acuerdo con los siguientes razonamientos:

- (35) *Las nueve reclamaciones remitidas por el SDC están formuladas con base en la realización de un cambio de compañía suministradora de gas y electricidad, sin que se hubiese prestado consentimiento expreso para ello supuestamente, o habiéndose realizado bajo engaño. Aunque, como se ha indicado, las 9 reclamaciones estaban dirigidas contra GALP, el SDC hizo*

requerimientos sobre este extremo, además de a la citada compañía, a IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U y a GAS NATURAL S.U.R. SDG, S.A.

- (36) *La normativa vigente, tanto en el sector gasista² como en el eléctrico³ requiere que el cambio de suministrador se realice con la conformidad expresa del cliente, e indica que se entenderá que ésta existe si se justifica por cualquier medio contrastable que lo acredite. Asimismo, se establece que la responsabilidad de custodiar esta documentación corresponde al comercializador. Asimismo, el distribuidor debe proceder a la validación de las solicitudes de cambio de suministrador que reciba. Para ello, deberá comprobar que las mismas cumplen con los requisitos exigidos, en lo que se refiere a su contenido, debiendo, adicionalmente, comprobar que los datos aportados coinciden con los recogidos en el Sistema de intercambio de información para la gestión del cambio de suministrador y que el nuevo suministrador está debidamente autorizado.*
- (37) *Conviene señalar, a este respecto, que la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE) señaló en su Informe de Supervisión sobre la verificación del efectivo consentimiento del consumidor en el cambio de suministrador en 2010, aprobado por el extinto Consejo de la CNE en fecha 18 de julio de 2013, que existe una carencia regulatoria respecto a cómo se acredita exactamente el consentimiento, y qué tipo de documentación o requisitos son necesarios, salvo para la contratación telefónica en el sector del gas en que se precisa el procedimiento a seguir para realizar la contratación y establecer la conformidad del consumidor.⁴*
- (38) *Pues bien, de la documentación analizada puede observarse que en cinco de las nueve reclamaciones formuladas, los consumidores manifiestan haber procedido a firmar algún tipo de documento y a dejar que se fotocopiara su documento de identidad. Cuatro de los consumidores manifiestan que la firma de dichos documentos se realizó tras indicaciones de supuestos comerciales de la compañía IBERDROLA al objeto de poder cambiar el sistema de facturación de los servicios que tenían contratados, y en la reclamación restante la firma de la documentación se realizó a indicación de unos supuestos inspectores de industria de la Junta de Castilla y León al objeto de poder justificar la visita realizada.*
- (39) *En las cuatro reclamaciones restantes no consta que se hubiese procedido a firmar ningún tipo de documento, destacando el cambio de suministrador realizado a un consumidor que había fallecido en el año 1995, constando asimismo la transcripción de una conversación telefónica, aportada por*

²Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

³Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.

⁴Resolución de 12 de abril de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el procedimiento marco de contratación telefónica, electrónica y telemática para el mercado de gas natural.

GALP en la que uno de estos consumidores, presuntamente acepta que se le efectúe el cambio de suministro de gas y electricidad.

- (40) *Por otra parte, las 9 reclamaciones que constan están localizadas en la provincia de Valladolid, y solamente IBERDROLA, en contestación al requerimiento efectuado por el SDC de Castilla y León, manifiesta que hechos similares se hubiesen realizado en otras provincias (Madrid, Barcelona, Sevilla, Bilbao y León), indicando que 10 de sus clientes han presentado reclamaciones relacionadas con cambios de suministro efectuados por otras comercializadoras sin que se hubiese prestado, por parte de sus clientes, el oportuno consentimiento. Asimismo, señala que no dispone de evidencias físicas sobre los casos denunciados por lo que no puede confirmar la veracidad de dichas reclamaciones, no descartando que el origen de estas reclamaciones sea debido a posibles malentendidos entre las personas contactadas por el agente vendedor y otras ligadas al mismo contrato.*

De acuerdo con lo expuesto la DC considera que no se aprecian indicios de una posible infracción del artículo 3 de la LDC, que prohíbe los actos desleales que afecten al interés público dado que, en primer lugar, no se ha acreditado -ni siquiera indiciariamente- la afectación de los hechos denunciados a un número significativo de consumidores, puesto que sólo se han constatado nueve reclamaciones o denuncias, a pesar de los requerimientos realizados por el SDC-CyL.

Adicionalmente, en supuestos similares⁵, la aplicación de la prohibición prevista en el artículo 3 de la LDC, ha requerido la acreditación de una infracción de la normativa sectorial, situación que actualmente está siendo investigada por los servicios competentes de la CNMC.

De igual manera, la constatación de irregularidades en la contratación de los servicios de mantenimiento denominados Comforthogar y Comfortgas por las que los consumidores no hubiesen tenido conocimiento de los servicios que estaban contratando, supondría la existencia de contratos sin consentimiento válidamente otorgado, que podrían considerarse nulos en virtud del artículo 1262 del Código Civil, cuestión ésta que sería asimismo dirimible ante los tribunales ordinarios de justicia.

La DC, tras analizar las funciones asignadas a las compañías distribuidoras de gas y electricidad en los supuestos de cambio de comercializadora en ambos mercados, igualmente descarta también la posible existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC ya que no se ha encontrado indicio alguno en los hechos investigados de algún

⁵ En las Resoluciones del Consejo de la extinta CNC sobre los exptes. S/0213/10 IBERDROLA SUR y S/0304/10 ENDESA se constataron sendas infracciones de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, al no haberse solicitado a los consumidores el consentimiento expreso para efectuar cambio de suministrador. Éstas fueron consideradas actos de competencia desleal, por violación de normas que regulan la actividad concurrencial (art. 15.2 de la LDC), que por falsear la competencia afectaban al interés público, por lo que las mencionadas empresas fueron sancionadas en virtud del artículo 3 de la LDC.

acuerdo bilateral entre las compañías comercializadoras para un intercambio de clientes entre ellas:

- (49) *Esta Dirección de Competencia, del análisis de la documentación contenida en el expediente, entiende que las actuaciones llevadas a cabo por las compañías distribuidoras se corresponden con las competencias que tienen asignadas por la normativa citada anteriormente, que señala claramente que la veracidad de los cambios de suministro es obligación de las compañías comercializadoras y su comprobación en última instancia de la OCSUM.*
- (50) *No cabe, por lo tanto, afirmar, que dichas actuaciones puedan vulnerar lo establecido en el artículo 1 de la LDC ya que de las actuaciones llevadas a cabo por las distribuidoras no se desprende indicio alguno de la existencia de un acuerdo bilateral con las compañías comercializadoras para poder llevar a cabo intercambio de clientes entre ellas.*

2- Intercambio de información entre las compañías comercializadoras y distribuidoras de gas a través del SCT.

Para el análisis y valoración de esta posible infracción en este intercambio de información la DC se basa en el requerimiento efectuado por el SDC-CyL a la compañía GAS NATURAL S.U.R. SDG, S.A.

Según la DC la información que comparten las distribuidoras y las comercializadoras de gas a la hora de efectuar altas o bajas de suministros de gas se realiza mediante el Sistema de Comunicación entre el Transportista y el Distribuidor (SCTD), un sistema de comunicación que está regulado en la Resolución de 30 de abril de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica el protocolo de detalle PD-04 «Mecanismos de Comunicación» de las normas de gestión técnica del sistema gasista⁶.

Tras analizar el contenido del Anexo “Protocolo de Detalle PD-04, Mecanismos de Comunicación”, de la citada Resolución, la DC descarta también la existencia de una posible infracción de la DC:

- (56) *Cabe afirmar, por lo tanto, que dicho sistema de comunicación es un sistema regulado que permite cubrir las necesidades de comunicación entre transportistas, distribuidoras y comercializadoras sin incidir en los sistemas transaccionales de los diferentes negocios. El sistema soporta los procesos de contratación, medición, repartos, acceso al registro, programaciones y nominaciones, y utiliza interfaces con los sistemas propios de cada distribuidor, con el GTS, con otros distribuidores, y con los comercializadores, sin discriminación de ninguno de ellos.*
- (57) *En la documentación obrante en el expediente consta, como información facilitada por las compañías distribuidoras de gas, que las comunicaciones de solicitudes de cambio de compañía comercializadora se realizaron una vez recibida la petición a través del SCTD.*

⁶ Boletín Oficial del Estado núm. 117, de 16 de mayo de 2013.

- (58) *A la vista de la normativa señalada, esta Dirección de Competencia entiende que todos los agentes del mercado gasista (Transportistas, Distribuidores, Comercializadores, GTS, etc.), pueden acceder a este sistema, en el marco de la actuación que en cada caso les corresponda, por lo que quedaría aclarada la duda planteada por el SDC en su valoración sobre si dicho sistema podría estar al alcance de todos los operadores del mercado o solamente estaría disponible para los agentes autorizados por la Asociación Española del Gas (SEDIGAS), constatándose que se trata de un sistema general para todos los operadores, cuyo contenido, acceso y funcionamiento está regulado mediante Resolución administrativa.*

3- Cesión de activos entre empresas comercializadoras.

Por último, respecto a una posible infracción de la LDC en la cesión de activos entre las empresas comercializadoras de gas y electricidad, la DC considera que los hechos puestos de manifiesto en la investigación deben abordarse dentro de la vigilancia de las operaciones de concentración relacionadas con los mismos: expedientes C/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA (Resolución de 11 de febrero de 2009) y C-0211/10 GALP/GAS NATURAL (Activos suministro, Resolución de 24 de marzo de 2010), de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la LDC.

Así, respecto a la migración de los sistemas de información de Gas Natural Fenosa a GALP Energía España la DC opina lo siguiente:

- (61) *Dicha migración de los sistemas de información entre ambas compañías tiene como origen la operación de concentración autorizada, mediante Resolución de fecha 11 de febrero de 2009, por el extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), expediente C/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA, que se subordinó al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por el notificante, que incluían la desinversión, por parte de GAS NATURAL, de una serie de activos, entre los que se incluyen los clientes de gas cedidos posteriormente por GAS NATURAL a GALP.*
- (62) *Debido a que el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), atribuye a esta Dirección de Competencia la vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones y Acuerdos que se adopten en virtud de la misma, la vigilancia de los compromisos de la mencionada operación se realiza bajo el expediente de vigilancia de referencia VC/0003.*

Por su parte, respecto a los Contratos Transitorios de Prestación de Servicios (TSAs) relacionados con la operación C-0211/10 GALP/GAS NATURAL (Activos suministro) la DC expone la siguiente valoración:

- (63) *Por otra parte, por Resolución de 24 de marzo de 2010, en el expediente C-0211/10 GALP/GAS NATURAL (Activos suministro), el extinto Consejo de la CNC acordó autorizar la concentración por la que GALP adquirió la cartera de contratos de suministro de gas natural, de prestación de servicios de mantenimiento y reparación y de suministro de energía eléctrica asociados a*

los puntos de suministro objeto de desinversión por parte de GAS NATURAL en los municipios de la Comunidad de Madrid.

- (64) *Las afirmaciones señaladas por GALP ENERGIA referentes a la migración de los sistemas de información y al mal funcionamiento de los mencionados TSAs, se corresponden con los acuerdos suscritos con GAS NATURAL en el mencionado expediente de concentración C-0211/10, dándose cumplimiento parcial a los compromisos adquiridos por GAS NATURAL mediante la operación de concentración de GALP. De la información obrante en dichos expedientes, no se deducen indicios de ningún intercambio de datos y contratos entre las empresas comercializadoras y distribuidoras sin el consentimiento expreso de los consumidores, tal y como afirma el SDC en su valoración.*
- (65) *En todo caso, con motivo de esta respuesta efectuada por GALP ENERGIA y en la que refiere problemas en los compromisos adquiridos en la citada operación de concentración, esta Dirección de Competencia está procediendo a analizar dicha información en el marco procedimental correspondiente que no puede ser éste pues existe un expediente de vigilancia vivo en relación a dichos compromisos, por lo cual, tal y como se ha señalado, se procedió a deducir testimonio de dicha contestación para incluirlo en el expediente de vigilancia de la concentración, número VC-003 GAS NATURAL/UNION FENOSA.*

TERCERO.- Valoración Jurídica

Corresponde a la Sala de Competencia en el presente expediente, determinar si procede el archivo en relación con la posible existencia de una infracción de los artículos 1 y 3 LDC, consistente en los distintos hechos puestos de manifiesto por el SDC-CyL tras las denuncias remitidas por el Servicio Territorial de Industria Comercio y Turismo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid. Estos hechos, básicamente, son diversos cambios de suministrador de gas y electricidad mediante la obtención del consentimiento de forma engañosa, el intercambio de información entre las compañías comercializadoras y distribuidoras de gas a través del SCTD y la cesión de activos entre empresas comercializadoras.

En este sentido, el artículo 1 LDC prohíbe “*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional*”.

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

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

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

Por tanto esta Sala entiende que, en las circunstancias presentes, con la información disponible y bajo los hechos analizados y expuestos, procede por ello aceptar la propuesta de archivo de la DC, al no observarse indicios de infracción de los artículos 1 ó 3 de la LDC en los hechos investigados, sin perjuicio de las actuaciones que, en su caso, procedan en el marco de la supervisión regulatoria de los mercados minoristas y protección del consumidor y de las eventuales infracciones que pudieran apreciarse conforme a las Leyes sectoriales aplicables.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, esta Sala de Competencia del Consejo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO – No incoar procedimiento sancionador y ordenar el archivo de las actuaciones que conforman el Expediente Sancionador S/0475/13 COMERCIALIZADORAS GAS Y ELECTRICIDAD, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso ante la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES desde el siguiente día al de la notificación de esta Resolución.