

**RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA
(Expte. VS/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS)**

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

Dª. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 4 de febrero de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 13 de mayo de 2011, recaída en el expediente S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de junio de 2009, y como consecuencia de las actuaciones seguidas en la información reservada DP 23/09, la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) incoó expediente sancionador (S/0159/09) contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., Hidrocantábrico Distribución S.A.U., Unión Fenosa Distribución S.A. y E.On Distribución S.L. por una posible infracción de los artículos 1 de la LDC y 81 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 101 del TFUE), consistente en un acuerdo que tendría por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado nacional de suministro de electricidad, en particular, al dificultar con su comportamiento la gestión de traspasos de clientes y la captación de los mismos por las comercializadoras independientes en un momento crítico para la competencia.
2. Con fechas 5 y 6 de noviembre de 2009 la CNC realizó, en el marco de la información reservada DP 040/09, derivada de la Resolución de 2 de noviembre de 2009 (expte. S/0051/08 UNESA), una investigación domiciliaria en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (en adelante, UNESA).

3. Con fecha 16 de noviembre de 2009 UNESA interpuso recurso (R/0030/09) ante el Consejo de la CNC contra la citada inspección, que fue inadmitido mediante Resolución de 14 de diciembre de 2009. Contra dicha Resolución de inadmisión UNESA interpuso recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional (recurso nº. 135/2010).
4. Con fecha 4 de febrero de 2010, a la vista de la información recabada en la citada investigación domiciliaria la Dirección de investigación (DI) acordó ampliar el acuerdo de incoación inicial también a UNESA y su objeto se entendió con respecto a "*una estrategia de coordinación en el sector eléctrico tendente, entre otros, a la obstaculización del cambio de suministrador de electricidad*". En el mismo escrito de ampliación se notificó a UNESA la incorporación al expediente S/0159/09 de determinada información obtenida en la inspección realizada en su sede. Asimismo, con fecha 8 de abril de 2010 la DI notificó a UNESA una nueva incorporación de información recabada en la investigación domiciliaria mencionada.
5. Con fecha 30 de abril de 2010, la DI, adoptó acuerdo por el que se ampliaba a Iberdrola S.A., Endesa S.A., E.On España S.L., Gas Natural SDG, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico S.A., la incoación del expediente sancionador S/0159/09.
6. Por Resolución de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS), el Consejo de la CNC acordó:

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

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

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

26.615.000 € a ENDESA, S.A.,

1.426.000 € a E.ON ESPAÑA S.L.

8.811.000 € a GAS NATURAL SDG, S.A.

1.847.000 € a HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A.

21.612.000 € a IBERDROLA, S.A.

900.000€ a UNESA.sus

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

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

7. La anterior Resolución fue objeto de recurso contencioso administrativo por parte de todas las imputadas, que solicitaron como medida cautelar la suspensión de ejecución de la misma. La Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada, exclusivamente en cuanto a la multa impuesta.
8. Mediante Sentencia de 2 de junio de 2011, la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por UNESA (recurso nº. 135/2010) contra la Resolución del Consejo de 14 de diciembre de 2009 (expte. R/0030/09), relativa a la inadmisión del recurso de la citada asociación contra la inspección realizada en su sede. Contra ella UNESA interpuso recurso de casación (recurso nº. 4201/2011).
9. Con fecha 10 de diciembre de 2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por UNESA frente a la referida sentencia, anulando la citada Resolución del Consejo de la CNC de 14 de diciembre de 2009 (expte. R/0030/09).
10. Con fechas 20, 23, 24 y 25 de marzo de 2015, la Audiencia Nacional estimó los recursos presentados por E.ON ESPAÑA, ENDESA, S.A., GAS NATURAL SDG, S.A., HIDROELÉCTRICA DEL CANTABRICO, S.A., IBERDROLA S.A. anulando la Resolución de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS).
11. Con fecha 17 de noviembre de 2015, la Dirección de Competencia de la CNMC (DC) elevó su Informe Final de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 13 de mayo de 2011, relativo al expediente S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS, proponiendo a la Sala de

Competencia de la CNMC el cierre de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente VS/0159/09 y dar por concluida la vigilancia.

12. Son interesados en este expediente:

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA)
- E.ON ESPAÑA
- ENDESA, S.A.
- GAS NATURAL SDG, S.A.
- HIDROELÉCTRICA DEL CANTABRICO, S.A.
- IBERDROLA S.A.

13. El Consejo en Sala de Competencia, deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 4 de febrero de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Competencia para resolver.

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC “*vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.*”

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que “*El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia*”, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre las Sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, mediante Sentencia de 2 de junio de 2011 (recurso nº. 135/2010) la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por UNESA contra la Resolución del Consejo de la CNC, de 14 de diciembre de 2009 (expediente R/0030/2009 UNESA), que inadmitió el recurso

interpuesto por dicha asociación contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en su sede. Contra la citada sentencia UNESA interpuso recurso de casación (nº. 4201/2011).

Mediante sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, se estimó el recurso de casación presentado. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“2. Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mencionada asociación UNESA y, en consecuencia, anulamos el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de diciembre de 2009 (expediente R/0030/2009 UNESA) que inadmitió el recurso interpuesto por el representante de UNESA contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 2 de noviembre de 2009, anulando asimismo la referida Orden de Investigación y la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA (...).”

Conocida la anterior sentencia del TS, la Audiencia Nacional, durante el mes de marzo de 2015, estimó los recursos interpuestos por las seis empresas imputadas contra la Resolución de 13 mayo de 2011, mediante las siguientes sentencias:

- 20 de marzo de 2015: ENDESA, S.A. (recurso nº. 249/2011)
- 20 de marzo de 2015: GAS NATURAL SDG, S.A. (recurso nº. 288/2011)
- 23 de marzo de 2015: HIDROELÉCTRICA DEL CANTABRICO, S.A. (286/2011)
- 24 de marzo de 2015: E.ON ESPAÑA (recurso nº. 338/2011)
- 25 de marzo de 2015: IBERDROLA S.A. (recurso nº. 237/2011)
- 25 de marzo de 2015: UNESA (recurso nº. 274/2011)

En dichas sentencias se anula la Resolución del Consejo de la CNC de 13 de mayo de 2011, tal y como pone de manifiesto la Audiencia Nacional en su Fundamento Octavo, en el que se recoge lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 2014:

“(...) Por tanto declarada nula la Orden de Investigación deviene invalido todo el procedimiento llevado a cabo por la DI y por la CNC, en cuanto trae causa de la misma, ya que no consta la existencia de otras inspecciones domiciliarias, pues el pliego de concreción de hechos tiene como base probatoria el material obtenido en la inspección realizada en la sede de UNESA y que ha resultado anulada por la sentencia del TS antes citada. El material probatorio utilizado para la imputación de hechos realizada a la actora, deriva de la citada inspección, por lo que procede estimar el presente recurso sin que quepa hacer pronunciamiento alguno sobre el resto de cuestiones planteadas por la actora (...).”

TERCERO.- Sobre la vigilancia de la Resolución de 13 de mayo de 2011 (VS/0159/09)

En su Informe Final de Vigilancia fechado el pasado 17 de noviembre de 2015, la DC considera que a la vista de todo lo expuesto, *"habiendo quedado vacía de contenido la Resolución del Consejo de la CNC de 13 de mayo de 2011, procede el cierre de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente VS/0159/09, dando por concluida la vigilancia de la mencionada Resolución"*.

Además cabe señalar que la CNMC ha procedido a la publicación en su página Web de la parte dispositiva de las sentencias de todas las imputadas (no solo las sentencias de IBERDROLA y UNESA, expresamente mencionado por la Audiencia Nacional), así como a la comunicación con carácter urgente a la Audiencia Nacional a los efectos del levantamiento de los avales, como garantía de la suspensión de la multa, constituidos por las distintas actoras en el seno de sus respectivos recursos.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la DC en su Informe Final de vigilancia de fecha 17 de noviembre de 2015.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 13 de mayo de 2011, recaída en el expediente S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS.

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