

RESOLUCION
Expte. S/0243/10 Iberdrola Suministro

Consejo

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

En Madrid, a 12 de julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada S/0243/10, abierto por la Dirección de Investigación en virtud de la denuncia formulada por el Alcalde del Ayuntamiento de Pego (Alicante) contra “Iberdrola Generación SA” e “Iberdrola Distribución SAU”, por negativa a prestar el suministro eléctrico a varios puntos del Ayuntamiento en baja tensión, lo que constituiría una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de abril de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia presentada por el Alcalde de Pego (Alicante), contra Iberdrola Generación, S.A. e Iberdrola Distribución Eléctrica SAU, por su negativa a prestar el suministro eléctrico a varios puntos de titularidad del Ayuntamiento denunciante en baja tensión. La denuncia incorpora un informe de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) de 25 de febrero de 2010, elaborado como respuesta a la consulta presentada por el Ayuntamiento de Pego en relación a los hechos aquí denunciados.
2. Pego es un municipio situado en el noreste de la provincia de Alicante, que cuenta con 11.133 habitantes.
3. El Grupo Iberdrola es un grupo energético español, con presencia internacional. Presente en el sector eléctrico desde sus inicios, desde 2001 actúa también en el sector gasista, estando actualmente presente en toda la cadena. Ocupa una posición destacada en el sector de las energías renovables.

Iberdrola, S.A. es la empresa cabecera del Grupo Iberdrola y realiza, entre otras, la actividad de comercialización de energía eléctrica y de gas natural. Tiene sede en Bilbao y presencia nacional. Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A. forma parte del Grupo Iberdrola y se dedica a la distribución de energía eléctrica. Tiene sede en Bilbao y opera sus redes mayoritariamente en Castilla y León, Castilla-La Mancha, Madrid, Comunidad Valenciana, Murcia, Navarra y País Vasco. Iberdrola Generación, S.A. forma parte del Grupo Iberdrola y se dedica a la

generación de energía eléctrica y a la comercialización de electricidad y gas natural. Tiene sede en Bilbao y presencia nacional. Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U. (en adelante, Ibercur) forma parte del Grupo Iberdrola, y se dedica a la comercialización de último recurso de energía eléctrica y gas natural. Tiene sede en Bilbao y presencia nacional.

La cuota de mercado del Grupo Iberdrola en 2008 en el mercado de suministro minorista de electricidad fue del 28,26%, en volumen de energía, y del 38,54%, por número de clientes, ocupando el segundo lugar tras Endesa (^{Informe} de la CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad. Periodo 2006-2008)

Si bien las entidades denunciadas por haber denegado el suministro al denunciante son Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A. e Iberdrola Generación, S.A., lo cierto es que la primera, como empresa distribuidora, no es responsable del suministro eléctrico y, por tanto, no puede ser responsable de los hechos denunciados. Por otra parte, de la documentación aportada se desprende que la negociación de los contratos de suministro ha sido llevada a cabo con Iberdrola, S.A., a pesar de que no ha sido incluida expresamente como denunciada. Sin embargo, en la medida en que Iberdrola Generación, S.A. ha pasado a desempeñar la actividad de comercialización de electricidad y gas en el mercado libre, subrogándose en todos los derechos y obligaciones de Iberdrola, S.A. relativos a dicha actividad, esta propuesta se limitará a hacer referencia a Iberdrola Generación, S.A. (en adelante, Iberdrola), por ser la empresa comercializadora y, por tanto, supuesta responsable de las conductas denunciadas por el Ayuntamiento de Pego.

4. En julio de 2009, el Ayuntamiento de Pego acordó con Iberdrola unas determinadas condiciones para el suministro de electricidad a 37 puntos en baja tensión, condicionado a la aportación de garantías por un importe de 211.600 €. El Ayuntamiento procedió a la firma del contrato el 31 de julio de 2009, pero no aportó el aval bancario, por considerar improcedente la exigencia de fianzas a las Administraciones Públicas. Ante la no aceptación de sus condiciones, Iberdrola resolvió no dar validez al contrato de forma inmediata.

Estos puntos de suministro, con potencia superior a 10 kW, habían estado acogidos a tarifa hasta el 1 de julio de 2009 y deben pasar al mercado libre, por no tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (artículo 3 del RD 485/2009). No obstante, al carecer de un contrato en el mercado libre, transitoriamente están siendo suministrados por Ibercur, aunque el precio se va incrementando automáticamente en el tiempo (el 5% trimestral desde el 1 de julio de 2009 hasta el 1 de abril de 2010 y el 20% a partir de entonces, según dispone el artículo 21.2 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica) y se procederá a la suspensión del suministro el 31 de diciembre de 2010.

5. En las condiciones generales del contrato de suministro de energía eléctrica de Iberdrola, publicadas en su página web https://www.iberdrola.es/02sica/ngc/es/doc/electricidad/hogar/hac/condiciones_generales.pdf, se recoge la siguiente cláusula:

“2.3.- No obstante lo anterior, la vigencia del presente Contrato quedará condicionada a la verificación de la solvencia del Cliente. Como consecuencia de dicha verificación de solvencia, o en caso de producirse una situación de impago, IBERDROLA podrá

condicionar la prestación del suministro a la presentación por el Cliente de una garantía de pago suficiente en forma de depósito o aval bancario según el modelo que proporcione IBERDROLA, en su caso. IBERDROLA restituirá al Cliente la garantía recibida con posterioridad a la terminación del contrato, reservándose la facultad de retener la misma por el importe de todos aquellos cargos no satisfechos, así como los cargos resultantes de cualquier otro incumplimiento por parte del Cliente. En el caso de que la garantía no sea constituida en el plazo de (1) mes desde que haya sido requerida por IBERDROLA al Cliente, el presente Contrato quedará resuelto sin obligación de indemnización alguna.”

6. El 19 de agosto de 2009, el Ayuntamiento denunciante remitió un escrito a la CNE en el que solicita su pronunciamiento sobre la obligación del Ayuntamiento de prestar la garantía mencionada y la obligación de la compañía de respetar el señalado contrato firmado el 31 de julio de 2009. El 26 de febrero de 2010, la CNE emitió un informe en el que hace referencia a la ausencia de regulación relativa al mecanismo de aseguramiento de pago por parte del consumidor en los contratos suscritos en el mercado liberalizado e informa de que, de acuerdo con el artículo 81 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, la definición de tales garantías se confía a los pactos entre partes.

En cualquier caso, la CNE informaba de la apertura de un “*Expediente Informativo con el fin de analizar las dificultades de contratar el suministro de electricidad con comercializadores libres, por parte de los consumidores que no tienen derecho a acogerse a la TUR*”, que concluirá con una propuesta normativa que será elevada al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para su consideración.

7. El 12 de noviembre de 2009, el Alcalde del Ayuntamiento de Pego inició el procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de energía eléctrica para estos 37 puntos por procedimiento abierto, al precio más bajo como único criterio de adjudicación. El 7 de enero de 2010, se publicó en el Boletín Oficial de Alicante la convocatoria de adjudicación, por un importe máximo de 206.379,31 €

Al citado concurso se presentó un único licitador, Iberdrola, con una oferta por valor de 206.195 € condicionada al establecimiento de garantías de pago por importe de 239.186 €. Sin embargo, el licitador no procedió a la subsanación de las deficiencias detectadas por la Mesa de contratación en la documentación aportada, por lo que, el 29 de marzo de 2010, se declaró desierta la contratación, declarando procedente iniciar un procedimiento negociado.

8. A la vista de la denuncia y de la información adjunta a la misma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), con fecha 14 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación remitió a este Consejo de la CNC una Propuesta de Archivo junto con la denuncia.
9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 23 de junio de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del expediente

El artículo 49.3 de la LDC dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la citada Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la DI cuando considere que no hay indicios de infracción.

El artículo 25 del RD 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), dispone en cuanto a la iniciación del procedimiento sancionador que se hará siempre de oficio por la DI, en virtud de propia iniciativa, por denuncia o a iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Según se recoge en el Antecedente de Hecho (AH) 8 de esta Resolución, la DI concluyó las actuaciones proponiendo al Consejo la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las mismas, por considerar que no existían indicios de infracción de la LDC.

Segundo.- Características del mercado

Los hechos denunciados se enmarcan en el mercado de suministro minorista (o comercialización) de electricidad a clientes residenciales y PYMES. Los precedentes consideran que estos mercados tienen una dimensión geográfica nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional (Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa, párrafo 366, y Decisión de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 2004, caso nº COMP/M.3440-ENI/EDP/GDP, párrafos 188 y 189).

El sector eléctrico viene regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE), modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que traspone en España la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y por su normativa de desarrollo. El artículo 11 de la LSE establece que la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción y la comercialización de energía eléctrica se desarrollan en régimen de libre competencia.

La actividad de comercialización comprende la adquisición de energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional, para lo que resulta preciso acceder a las redes de transporte y distribución (art. 9 de la LSE).

Atendiendo a los diferentes perfiles de consumo en cuanto a volúmenes y estacionalidad, así como a los márgenes comerciales y las relaciones con la demanda, etc., los precedentes recientes (Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa, párrafo 320) han optado por diferenciar entre suministro a grandes clientes (alta tensión) y suministro a clientes residenciales y PYMES (baja tensión).

El 1 de julio de 2009, las tarifas integrales de energía eléctrica quedaron extinguidas, y se establecieron las tarifas de último recurso, como el precio máximo y mínimo que podrán cobrar los comercializadores de último recurso a los consumidores que tengan derecho a acogerse a ella (artículos 1 y 3 del RD 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica). Hasta el 1 de julio de 2009, los distribuidores habían sido responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada, coexistiendo su actividad con la de las comercializadoras de electricidad a precio libre. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a tarifa de último recurso como en mercado libre, pasa a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.

Las tarifas de último recurso son de aplicación a los consumidores conectados en baja tensión y con potencia contratada menor o igual a 10 kW, que contraten el suministro con un comercializador de último recurso (art. 10 de la LSE y Disposición Adicional Undécima del RD 485/2009).

Con el fin de evitar la interrupción automática del suministro de los clientes en baja tensión que, teniendo una potencia superior a 10 kW, carezcan de un contrato en el mercado libre y continúen consumiendo electricidad, la regulación permite que sean suministrados de forma transitoria por los comercializadores de último recurso de los grupos empresariales a los que pertenezca la red de distribución a la que se encuentren conectados (art. 3 del RD 485/2009). El precio a aplicar a los clientes en esta situación se va incrementando automáticamente en el tiempo, con el objeto de incentivar la salida a mercado mediante la contratación con comercializadores libres, culminando con la interrupción del suministro el 31 de diciembre de 2010 (Disposición transitoria cuarta de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, y Disposición transitoria tercera de la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial).

En concreto, el artículo 21 de la Orden ITC/1659/2009 establece que el precio aplicable al suministro de aquellos consumidores que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad “*será el correspondiente a la aplicación de la facturación de la tarifa de último recurso TUR, sin aplicación de la modalidad de discriminación horaria, incrementando sus términos en un 20 por ciento*”.

Actualmente, son 34 las empresas autorizadas en España para el ejercicio de la actividad de comercialización de electricidad, además de las 5 comercializadoras de último recurso (Endesa Energía XXI, S. L., Iberdrola Comercialización de último recurso, S. A. U., Unión Fenosa Metra, S.L., Hidrocantábrico Energía Último Recurso, S. A. U. y E.ON Comercializadora de Último Recurso, S. L.). Las principales cuotas empresariales en el mercado minorista de electricidad en términos de energía en 2008 fueron las siguientes: 41,3% de Endesa, 28,26% de

Iberdrola y el 15,21% de Unión Fenosa (estos datos son anteriores a la adquisición de Unión Fenosa por parte de Gas Natural). En términos de clientes, fueron 42,26%, 38,54% y 13,94%, respectivamente (Según datos tomados del “Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad. Periodo 2006-2008”, publicado por la CNE).

La mayor parte de comercializadoras pertenecientes a grupos que realizan actividades de distribución han desarrollado su actividad de comercialización principalmente en las áreas de distribución de su propio grupo. Iberdrola es la empresa con una mayor cuota de fidelización, tanto en número de clientes como en energía (De acuerdo con el “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad en el periodo enero 2006-septiembre 2008”, publicado por la CNE en febrero de 2009).

Tercero.- Análisis de la conducta denunciada bajo las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC

El denunciante considera que la conducta llevada a cabo por Iberdrola –consistente en la denegación del suministro eléctrico al Ayuntamiento de Pego– podría ser constitutiva de una infracción prohibida por la LDC, pero en la denuncia ni siquiera se indica qué precepto o preceptos de la mencionada Ley serían los infringidos por la conducta de Iberdrola.

Conforme al artículo 25.5 del RDC, la formulación en forma de una denuncia no vincula a la DI para iniciar el procedimiento sancionador que regula la LDC, pero la Resolución del Consejo acordando el archivo de la denuncia y la no incoación del procedimiento debe indicar los motivos por los que no procede la misma.

No obstante, en casos como el presente, en los que el denunciante ni siquiera menciona qué prohibición –de las tres tipificadas en los artículos 1 a 3 de la LDC– considera infringida por la conducta objeto de la denuncia, la señalada obligación de motivación del acuerdo de archivo no se traduce en la necesidad de realizar, por parte de la DI y del Consejo, un análisis en detalle de los hechos denunciados a la luz de las tres prohibiciones, para descartar indicios de infracción de la prohibición de colusión (art.1 LDC), de abuso de posición dominante (art. 2 LDC) y de un acto de competencia desleal que distorsiona la competencia efectiva (art. 3 LDC), máxime cuando del relato mismo de los hechos realizado en la denuncia, y sin necesidad de ninguna diligencia de investigación previa o reservada de oficio por parte de la DI, ésta puede razonablemente descartar de plano la existencia de indicios de infracción de alguna o de las tres prohibiciones.

En el caso objeto de este expediente, puesto que se denuncia la actuación unilateral de una empresa (Iberdrola), y no existen en el expediente noticia o indicios de que tal conducta pueda tener un origen concertado, el Consejo considera que resulta conforme a derecho concluir que en el contenido de la denuncia no se aprecian indicios de infracción de la prohibición de acuerdos colusorios del artículo 1.1 de la LDC.

El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Sin necesidad de delimitar el mercado

relevante y la posición que en el mismo ostenta la empresa denunciada, a la luz de la información contenida en la denuncia y de la legislación aplicable, coincidiendo con la DI, este Consejo considera que la conducta de Iberdrola denunciada por el Ayuntamiento de Pego no presenta indicios de ser abusiva, por cuanto se ajusta a la normativa que resulta de aplicación y porque Iberdrola la aplica con carácter general a todo cliente (AH 5).

En efecto, de los artículos 10 y 11 de la LSE se desprende que las empresas comercializadoras no tienen obligación de realizar el suministro eléctrico más que a los clientes reglamentariamente establecidos (que son aquéllos conectados en baja tensión y con potencia contratada menor o igual a 10 kW) y que, al estar el suministro eléctrico liberalizado, las condiciones de contratación se deben ajustar a lo pactado entre las partes. Opinión que es coincidente con la expresada por la CNE en su informe de 26 de febrero de 2010, en el que además manifiesta la legalidad de la posibilidad de exigir avales a los consumidores (independientemente de su calidad de Administraciones Públicas), por no encontrarse regulación alguna en contra.

El denunciante alega la improcedencia de exigir la aportación de garantías a las Administraciones Públicas, por no estar este extremo recogido en la normativa que les resulta de aplicación (en particular, hace referencia a los artículos 87 a 90 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Estos preceptos se refieren a las garantías que deben ser constituidas por los adjudicatarios de los contratos que celebren las Administraciones Públicas. Ahora bien, esta Ley no se refiere a la constitución de garantías por parte de las Administraciones Públicas, por lo que, de su lectura, no se deduce la improcedencia de la exigencia de Iberdrola.

El Ayuntamiento denunciante aporta un Informe de Intervención en el que se cita el artículo 173.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que establece: “2. *Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.*”.

Sin embargo, de la lectura de este artículo no se desprende tampoco la imposibilidad del Ayuntamiento de aportar las garantías solicitadas, por cuanto hace referencia a los “*tribunales, jueces y autoridades administrativas*”, cuando en este caso la entidad solicitante del aval es una empresa privada.

En definitiva, puesto que la actuación de Iberdrola denunciada –negativa a prestar el suministro eléctrico a varios puntos del Ayuntamiento en baja tensión o, más propiamente, la exigencia de garantías de pago para la prestación del servicio– no presenta indicios de ser abusiva, no resulta procedente analizar si concurren los restantes presupuestos de la prohibición del artículo 2 de la LDC.

Sin perjuicio de lo anterior, y como señala la DI, el Consejo observa que la ausencia de ofertas de suministro eléctrico a determinados consumidores, que no tienen derecho al suministro de último

recurso, podría situarles en una posición problemática si son incapaces de contratar su suministro en el mercado libre con anterioridad al 31 de diciembre de 2010. La solución a esta situación debería ser resuelta en el marco de la regulación sectorial y, de hecho, la CNE ya ha abierto un expediente informativo en este sentido, con el fin de elevar una propuesta normativa al Ministerio competente.

Por último, el artículo 3 de la LDC prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. El Consejo considera que las mismas razones que le han conducido a descartar el carácter abusivo de la conducta denunciada en sede de la prohibición de abuso de posición dominante, en este caso, le permiten también excluir la existencia de indicios de infracción de la prohibición del artículo 3 de la LDC.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por el Ayuntamiento de Pego contra Iberdrola Generación S.A., al considerar que no existen indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

1

2 Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al Ayuntamiento de Pego y a Iberdrola Generación S.A., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.