

RESOLUCION (Expte. MC/0003/09 en el Expediente S/0159/09)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 1 de julio de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero Don Miguel Cuerdo Mir ha dictado Resolución en el Expediente de Medidas Cautelares 0003/09, como pieza separada del Expediente Sancionador S/0159/09 iniciado contra determinadas compañías eléctricas de distribución por posibles prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante también LDC), incoado en virtud de los escritos enviados por correo electrónico por Centrica y Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (en adelante también ACIE) en los que se daba cuenta a la Dirección de Investigación (en adelante DI) de las respuestas que por escrito habían dado Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. (en adelante también Iberdrola), Endesa Distribución Eléctrica, S.A., Hidrocantábrico Distribución, S.A.U. (en adelante también Hidrocantábrico), Unión Fenosa Distribución, S.A. (en adelante también Unión Fenosa) y E.On Distribución, S.L. (en adelante también E.On). Las medidas cautelares se proponen como consecuencia de la suspensión de la gestión telemática en el mes de junio pasado de solicitudes de baja tensión y el corte de operaciones por parte de las distribuidoras imputadas, lo que estaría afectando al cambio de suministrador en comercialización eléctrica.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de junio de 2009, tuvieron entrada en la Dirección de Investigación diversos correos electrónicos de D. Alfredo Huertas de CENTRICA ENERGÍA y Vicepresidente de la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE). En ellos se ponía en conocimiento de esta Dirección las comunicaciones llevadas a cabo por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. y ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. los días 8 y 10 de junio, respectivamente, relativas a la suspensión de la gestión telemática de solicitudes de baja tensión y el corte

de operaciones. Asimismo, se adjuntaba copia de las cartas remitidas por ACIE a IBERDROLA y ENDESA en relación con las citadas comunicaciones.

2. Con fecha 19 de junio de 2009, tuvieron entrada en la DI copia de las cartas enviadas por IBERDROLA y ENDESA en respuesta a la carta de ACIE.

3. Con fecha 22, 23 y 24 de junio han tenido entrada en la DI nuevos correos de CENTRICA por los que se remiten comunicaciones similares llevadas a cabo por HIDROCANTÁBRICO, UNIÓN FENOSA Y E.ON así como copia de la carta enviada por ACIE a la primera.

4. La Dirección de Investigación, con amparo en el Artículo 49 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, llevó a cabo una *información reservada*. El día 24 de Junio de 2009, visto el resultado de la misma, la DI acordó la incoación de expediente sancionador por posibles prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en los Artículos 1 de la LDC y 81 del Tratado de la Comunidad Europea, con el número S/0159/09 contra las entidades denunciadas. Ese mismo día, la DI elevó a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia una *Propuesta de Medidas Cautelares*, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 54 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, proponiendo dejar sin efectos las suspensiones de la gestión de solicitudes de cambio de suministrador por parte de ENDESA, IBERDROLA, UNIÓN FENOSA, HIDROCANTÁBRICO y EON y restablecer el normal funcionamiento de ese servicio por parte de las distribuidoras, dado que la suspensión de los sistemas de tramitación está produciendo efectos, en el caso de cinco de las distribuidoras implicadas. La adopción de medidas cautelares es urgente y debería realizarse a juicio de la DI de forma inmediata.

5. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acordó el día 24 de junio del 2009, entre otros, designar ponente en relación con esta solicitud y dar traslado de la referida Propuesta a los interesados, a fin de que puedan formular alegaciones por escrito y presentar documentos, dentro del plazo de cinco días que establece el Artículo 41.3 del Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero. El plazo del procedimiento finalizó el 30 de junio del 2009, de conformidad con el art. 36.3 de la LDC.

6. El 26 de junio de 2009 entra en la CNC escrito de alegaciones de Unión Fenosa en el que expone que ha actuado en todo momento en cumplimiento de la normativa sectorial y con el objetivo de facilitar el tránsito al nuevo sistema de Suministro de Último Recurso. Respecto al tema de la suspensión del servicio telemático, Unión Fenosa afirma que dicha suspensión no tiene efectos sobre el paso de los clientes del mercado regulado al mercado libre y que, por tanto, no afecta a la actividad de comercialización. En su caso, el único tránsito afectado por la suspensión es el del mercado libre al regulado.

Respecto a los datos de los que dispone Unión Fenosa, en relación con la gestión de accesos solicitados, señala que la mayor parte de las solicitudes han sido aceptadas y que, en consecuencia, tanto la actividad de gestión de cambio de comercializadora como el paso del mercado regulado a mercado libre ha sido normal.

Por todo lo anterior, Unión Fenosa expone su no oposición a la medida cautelar propuesta, a la vez que solicita el sobreseimiento del expediente S/0159/09 Migración CUR en lo que respecta a la propia Unión Fenosa.

7. Con fecha 29 de junio de 2009 entra en la CNC escrito de Iberdrola en el que señala que la gestión de las solicitudes de cambio de suministrador nunca ha estado suspendida, si bien se suspendió, por “razones exclusivamente técnicas”, “uno de los métodos o canales existentes para comunicar las solicitudes de cambio: el Canal web y tan sólo en parte, para unas concretas solicitudes (bajas por motivo 02 y 04 y paso a mercado libre)”. El resto de servicios han estado operativos, según señala la distribuidora. Además, da referencia de la empresa encargada del restablecimiento de estos servicios y comunica que los mismos fueron restablecidos el 29 de junio de 2009.

Por otra parte, Iberdrola considera “*manifiestamente improcedente*” la medida cautelar propuesta, porque no cumple “*los dos requisitos sustantivos*”. En primer lugar, “no es apta para asegurar la eficacia de la futura Resolución en el procedimiento principal”, porque la resolución final de la CNC en relación con el expediente sancionador incoado “no podría prohibir a Iberdrola Distribución que suspendiera el Canal *web* (u obligarla a restablecerlo), siempre que esta conducta se adoptara de forma unilateral y en uso de su propia libertad comercial”. En segundo lugar, considera que no existe ‘*fumus boni iuris*’. En este caso la carga de la prueba recae sobre el solicitante y, en opinión de Iberdrola, no hay indicio probatorio que permita afirmar la existencia de esa apariencia de buen derecho, entre otros, porque la suspensión temporal y parcial del Canal web no tiene el más mínimo impacto sobre las condiciones de competencia, dado que los casos B2 y B4 responden a una comunicación ex post al distribuidor cuando éste ya ha decidido el cambio de comercializador y, por otro lado, en los casos, A1, A2 y A3, ya existe el contrato entre cliente y comercializador, es decir, ya se ha producido el proceso de captación y la comunicación también tiene un carácter ex post.

También considera Iberdrola que en un caso como el que se analiza, el cuadro de procesos concretos afectados por la suspensión no es común a todas las empresas distribuidoras imputadas y los periodos de la suspensión también son distintos. A ello se añade una explicación alternativa, que se respalda con una certificación de Accenture, que explica la necesidad de la suspensión en una adaptación de determinados procesos por la entrada en vigor el próximo 1 de julio del suministro de último recurso y por la adaptación a la desaparición de las tarifas reguladas.

Iberdrola entiende que no es un riesgo de perjuicio irreparable de la competencia porque hay otros canales para realizar esas gestiones y porque no afectan a la competencia en comercialización. En este sentido, una medida así es considerada por Iberdrola como desproporcionada e irreversible, produciendo un perjuicio irreparable al impedir el cumplimiento de ciertas obligaciones sectoriales.

8. Con fecha 30 de junio de 2009 entra en la CNC escrito de alegaciones de E.On en el que señala que no ha suspendido el acceso al portal *web* ni los servicios telemáticos de gestión de clientes de baja tensión. Sin embargo, dice que la transición del sistema de tarifa regulada al sistema de tarifa de último recurso implica importantes cambios en los sistemas de la distribuidora. Por tanto, sus sistemas informáticos no podrán adaptarse a lo dispuesto en la regulación dictada a los efectos de entrada en vigor del suministro de último recurso sin afectar a dichos plazos. La afectación fue comunicada por la compañía tanto a las comercializadoras como al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Por otro lado, E.On afirma que las medidas adoptadas han sido las de suspender temporalmente la aceptación de determinadas solicitudes con objeto de proceder al cambio de sistema, pero en ningún caso se pretende obstaculizar la competencia. Para E.On el único efecto práctico podría ser el retraso en el procedimiento que, en cualquier caso, se retomaría a partir del 1 de julio.

E.On. informa a la CNC de que en la actualidad ya se ha iniciado la migración de los clientes desde la compañía distribuidora a la comercializadora de último recurso. La previsión de finalización es el 1 de julio, salvo problemas informáticos inesperados. Una vez finalizada la conversión informática las operaciones podrán realizarse de forma habitual.

Dados estos argumentos, afirma E.On la inexistencia de *fumus delicti commissi* y cuestiona el argumento de la DI respecto al hecho de la tardanza en las diligencias necesarias, que eran conocidas desde abril de 2009. E.On alega en este sentido que las distribuidoras no están sometidas a ninguna obligación legal o contractual de realizar cambios en sus sistemas telemáticos, por lo que difícilmente puede apreciarse si las distribuidoras han actuado o actúan de manera diligente.

Respecto al *periculum in mora*, considera que este argumento tampoco es sostenible al considerar que el mes de junio no es clave para la captación de clientes con derecho a acogerse a la TUR. Además, sostiene que, si lo importante es que la gestión telemática no se interrumpa durante el mes de junio, la medida cautelar propuesta por la DI es inadecuada, puesto que se resolverá más tarde del 30 de junio.

E.On. propone, además, que la medida cautelar se evalúe respecto a cada una de las empresas investigadas al haber adoptado cada una de ellas medidas distintas. En el caso

de E.On Distribución se ha optado por pedir a todos los comercializadores que tramiten solicitudes de cambio de suministrador que lo hagan el 1 de julio.

9. Con fecha 1 de julio de 2009 y fuera del plazo establecido, Endesa registra en la CNC escrito de alegaciones.

10. El Consejo deliberó y falló este Expediente de Medidas Cautelares en su reunión del día 1 de julio de 2009.

HECHOS PROBADOS

1. A partir del 1 de julio de 2009 entra en vigor el llamado suministro de último recurso por el cual se produce la desaparición del sistema tarifario actual y su sustitución por una tarifa de último recurso (TUR) fijada por el Gobierno, a la que podrán acogerse determinados consumidores de baja tensión. Como consecuencia de ello, los distribuidores dejarán de llevar a cabo actividades de suministro que pasarán a ser realizadas por las comercializadoras, bien a precio libre o bajo la citada TUR por las comercializadoras de último recurso o CUR. Así, durante los últimos meses se ha realizado una campaña de comunicación por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y de los distribuidores, a través de circulares, para informar sobre la posibilidad de:

-acogerse a la TUR con la CUR del mismo grupo al que pertenece el distribuidor con el que se venía suministrando el cliente;

-acogerse a la TUR con cualquiera de los 5 CUR designados por el Gobierno e identificados en las circulares, que pertenecen precisamente a los cinco grupos energéticos investigados en el presente expediente;

-pasar a suministro a precio libre, para lo cual las circulares aportaban una lista de los principales comercializadores en España, entre los que se encuentra CENTRICA, así como otros miembros de ACIE.

2. Los correos remitidos por las cinco distribuidoras mencionadas (IBERDROLA, ENDESA, HIDROCANTÁBRICO, UNIÓN FENOSA y EON) consisten en todos los casos en una comunicación a los comercializadores para alertarles sobre la suspensión de los servicios telemáticos necesarios para gestionar el cambio de clientes de baja tensión, alegando como razón el inicio de la aplicación de la TUR y la necesidad de preparar los sistemas de dichas distribuidoras para el paso al suministro de último recurso el 1 de julio. En dichas comunicaciones, existen diferencias en algunos elementos como las fechas durante las cuales el servicio permanecerá suspendido y los tipos de servicios suspendidos. Sin embargo, todos ellos tienen en común que se trata del servicio de gestión telemática y en todos los casos menos en el de UNIÓN FENOSA afecta al menos al paso de consumidores del mercado regulado al mercado libre.

3. A la vista de las citadas comunicaciones, ACIE ha remitido con fechas 16 y 22 de junio sendas cartas a IBERDROLA, ENDESA e HIDROCANTÁBRICO alertando del perjuicio que suponen las medidas anunciadas para las comercializadoras pertenecientes a ACIE, exigiendo una rectificación en el plazo más breve posible y alegando que no existe base legal ni acuerdo con las comercializadoras para llevar a cabo dicha suspensión, En todos los casos, se dirige una copia a la Dirección General de Política Energética y Minas, a la Dirección de Electricidad de la CNE y a la Subdirección de Industria y Energía de la CNC.

4. En respuesta a las cartas de ACIE, con fecha 17 de junio de 2009 tanto ENDESA como IBERDROLA han enviado carta de contestación a ACIE. En el primer caso, ENDESA indica que el correo se envió por error puesto que se trataba de cambios internos en los sistemas comerciales que sólo afectan a la operativa interna y señala que en ningún caso se va a suspender la tramitación de solicitudes respecto al traslado al mercado libre. Por su parte, IBERDROLA aclara que el portal *web* de gestión automática de solicitudes funcionará “*de manera diferente*” para unos tipos de solicitudes concretos, debido a la complejidad del paso al TUR, pero da la opción de realizar la gestión por correo electrónico, por fax o por teléfono en lugar de telemáticamente. Desde la Dirección de Investigación se señala que CENTRICA ha comunicado informalmente que, si bien el sistema de gestión telemático de ENDESA ha sido restablecido tras dicha carta, no ha sido así en el caso de IBERDROLA, que sigue suspendido, ni en el de HIDROCANTÁBRICO, UNIÓN FENOSA o E.On.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siempre uniforme, reiterada y constante, viene asumiendo que la norma del Artículo 130 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha elegido como criterio ex Artículo 3 del Código Civil “.....*para decidir la suspensión cautelar que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del periculum in mora. Así la adopción de las medidas cautelares tiene una doble referencia: valoración no sólo de la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; sino también que con la medida cautelar pudiere seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que llevará al Tribunal a ponderar la concesión de las medidas cautelares solicitadas de forma circunstanciada*” (por todos, los Autos de 22 de Marzo y 13 de Julio del 2000).

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, del que es sucesor esta Comisión Nacional de la Competencia, había venido manteniendo un postura doctrinal en desarrollo del Artículo 45 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la

Competencia “analizando pormenorizadamente cada supuesto y si en él concurren los presupuestos subjetivos, materiales y formales que en dicho precepto legal se contenían”.

Al efecto de recordar con el *valor de propia doctrina* que tales presupuestos para la adopción de una medida cautelar son : (a) que se haya incoado por la Dirección de Investigación el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriedad) ; (b) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho); (c) que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora); (d) exista una propuesta de la Dirección de Investigación bien de oficio bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares ; (e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio) ; (f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia) ; (g) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio) ; y (h) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses” (por todas las Resoluciones, las dictadas en los Expedientes MC 17/96 Ford, Expediente MC 19/96 Aenor, MC 22/97 Contenedores de Tenerife...).

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone más escueta y concisamente en su Artículo 54 que “*una vez incoado el expediente, el Consejo Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*”, olvidado la necesidad de exigir fianza, que sí viene recogida, potestativamente, en el artículo 40. 1b del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero.

SEGUNDO. La Propuesta de Medidas Cautelares a adoptar en el expediente sancionador S/0159/09, que la Dirección de Investigación eleva a este Consejo Nacional de la Competencia, acredita fehacientemente que el mismo se inicia de oficio a partir de la información recibida por correo electrónico el 17 de junio del 2009, por lo que, *prima facie*, tal propuesta debe ser examinada y valorada a la luz de lo dispuesto en la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y conforme a lo dispuesto en su Artículo 54.

Así, el primer establecimiento que debe hacerse es el que “*la adopción de las medidas cautelares deviene independiente de la conclusión final que se adopte en relación con la efectiva realización de una conducta infractora*”, o dicho de otra manera “*puede no concurrir el elemento subjetivo, puede no ser la conducta subsumible en el tipo infractor, puede ser autorizable*”. Pero en todo caso “*para ser adoptadas debe existir previamente*

un expediente sancionador, en el cual se investigan unos hechos que pudieran ser, prima facie, constitutivos de infracción/infracciones administrativas y que los mismos podrían causar perjuicios a la parte, en entidad suficiente y hacer peligrar o hacer ineficaz la Resolución que se dicte en el expediente principal”.

A mayor abundamiento, “no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción, que este Consejo Nacional de Defensa de la Competencia en este momento del expediente nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente principal, en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud da paso a la apertura de un expediente sancionador, para su esclarecimiento y calificación jurídica y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la resolución finalizadora del expediente ; y de otra, causar perjuicios a posibles interesados”.

En el caso que nos ocupa, una primera valoración de los hechos muestra que las comunicaciones de las distribuidoras denunciadas podrían constituir una infracción del artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, consistente en un acuerdo entre las distribuidoras para dificultar la competencia en el mercado de suministro eléctrico. En particular, mediante la suspensión de la gestión telemática de solicitudes de baja de tensión y el corte de operaciones en diversos días de los meses de junio y julio de 2009. A pesar de existir ciertas diferencias en las comunicaciones presentadas, el elemento común es que todas ellas se llevan a cabo entre junio y julio de 2009.

Se debe tener en cuenta, además, que la fecha de 1 de julio de 2009 es igualmente importante para los comercializadores, en cuanto a la tramitación del máximo número de traspasos de clientes a mercado libre. Por lo que la decisión de las distribuidoras es susceptible de provocar un daño a los comercializadores en la captación de clientes que no deseen acogerse a la TUR. Por tanto, la actuación de las distribuidoras podría estar frenando la actividad de las comercializadoras. De existir realmente problemas para la gestión del cambio, dicho cambio podría haber sido gestionado por las distribuidoras con anterioridad y no durante el mes de junio y varios días de julio, ya que conocían el cambio regulatorio desde el mes de abril.

En conclusión, “el carácter urgente de la adopción de las Medidas cautelares debe apreciarse desde la óptica de la necesidad de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar, en lo posible, que la parte afectada por la conducta presuntamente contraria a la Ley de Defensa de la Competencia sufra un perjuicio de muy difícil o imposible reparación”.

En el presente caso y razonada la apariencia ilícita conforme al art. 1 LDC y 81 TCE, el Consejo considera que también concurre el presupuesto del *periculum in mora* o riesgo de lesión al interés público tutelado por el Derecho de defensa de la competencia, dado

que el momento temporal en el que las distribuidoras adoptan esta decisión de suspensión de la gestión telemática es clave a la hora de valorar el peligro de la demora. Sabiendo además que el TUR entra en vigor el 1 de julio, la suspensión por parte de las distribuidoras de la gestión telemática de las solicitudes de baja en el mes de junio, dificulta considerablemente esa posible captación de clientes por las comercializadoras, obstaculizando con ello la competencia en el mercado. La importancia del momento temporal hace necesario que las distribuidoras reanuden ese servicio de forma inmediata. Esta medida cautelar se hace más necesaria teniendo en cuenta que la Comisión Nacional de la Competencia tiene un plazo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador.

Esta postura doctrinal que conforman numerosas Resoluciones dictadas por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido adoptada, sancionada y confirmada como propia por la Audiencia Nacional, tribunal revisor de nuestras resoluciones, siendo relevante citar (por todas las anteriores) la Sentencia de 7 de Marzo del 2008 en la que dispone, entre otras consideraciones, como *“por otra parte, razonó el TDC en el acto administrativo impugnado...no ser conforme a derecho residenciar el requisito del fumus boni iuris en la infracción de un concreto precepto de la LDC, pues el Artículo 45 LDC permite al Servicio proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares en cualquier momento <una vez iniciado el expediente> que, conforme a lo dispuesto por el Artículo 36.1 LDC será abierto por el servicio cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas por esta ley (fumus delicti commissi). En consecuencia, el Servicio está facultado por la LDC para proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares antes de formular (y comunicar a las partes) el pliego de concreción de hechos y de realizar cualquier valoración o calificación jurídica de los mismos. Y ello es así, porque la apariencia de buen derecho reside en la razonable existencia prima facie de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de la LDC”*. (Fundamento Jurídico Cuarto in fine).

Acuerdo resolutorio que *mutatis mutandi* deviene de aplicación a la Propuesta actual, si bien amparada por lo dispuesto en el Artículo 54 de la vigente Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO. En consecuencia con todo lo anterior, este Consejo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia resuelve acordar la adopción de las Medidas Cautelares propuestas por la Dirección de Investigación, dentro del expediente sancionador referenciado. Si bien, esta Resolución está obligada a reflejar no sólo los previos establecimientos, sino también y a mayor abundamiento, algunos elementos de análisis que han puesto de manifiesto las mercantiles denunciadas en sus respectivos escritos de alegaciones en relación con la adopción de estas medidas.

En el sentido apuntado, en sus alegaciones Iberdrola señala como elemento objetivo una necesidad técnica de modificación de ciertos procesos informáticos y telemáticos para

adaptarse a los cambios normativos sectoriales. Sin embargo, conocían la necesidad de realizar estos cambios desde abril de 2009, cuando se publicó en el BOE la nueva regulación referida a la puesta en marcha de suministro de último recurso. De este modo, la suspensión de los servicios referidos se sitúan temporalmente entre la segunda mitad del mes de junio y los primeros días de julio, por lo que es susceptible de ocasionar perjuicios importantes en todas aquellas comercializadora y en aquellos clientes que tengan que decidir si pasar a una comercializadora de libre mercado o se quedan con la de último recurso, en la medida en que la suspensión de la gestión de cambio a través de los servicios suspendidos pudiera impedir materialmente o, al menos, dificultar, el cambio deseado de suministrador. Alega Iberdrola que el cambio de suministrador se puede hacer después del 1 de julio, por lo que en el peor de los casos sólo se produce un retraso para las comercializadoras. Debe rechazarse este argumento porque el elemento de oportunidad se considera muy relevante en este caso. Estamos ante un segmento de demanda aquejado por una cierta falta de dinamismo (reconocida en los informes de la CNC y de la CNE). La fecha del 1 de julio desencadena el paso a mercado de los clientes, por lo que los comercializadores habrán lanzado sus campañas de comercialización, que pueden resultar menos efectivas por las alteraciones en los procesos de cambio de cliente. Además, hay que subrayar que el envío masivo de solicitudes de cambio de suministrador no encuentra sustitutivos aceptables cuando se suspende la vía telemática, por lo que el recurso a otros medios disponibles no se considera razonable en este caso.

En relación con la alegación de Iberdrola referente a que la medida no es apta para asegurar la eficacia de la futura Resolución en el procedimiento principal que se refiere a un supuesto acuerdo entre empresas, entiende este Consejo que la imposición de medidas a aplicar unilateralmente por cada distribuidor puede ser también una vía para prevenir el efecto restrictivo de la competencia que se persigue.

El Consejo entiende que, de los escritos de alegaciones de las mercantiles denunciadas y, de acuerdo también con lo reflejado en los Hechos Probados, el *periculum in mora*, asociado a la suspensión de esos servicios telemáticos y a la imposibilidad de cambio de suministrador, es distinto en función de la situación en la que se encuentran esos servicios a fecha 1 de julio de 2009, siempre de acuerdo con lo manifestado por cada mercantil. Así, en el caso de Endesa, la propia comercializadora Centrica manifiesta el restablecimiento de todos los servicios suspendidos. En el caso de Unión Fenosa ha suspendido un tipo de servicio telemático que no afecta al cambio de suministrador en el mercado liberalizado. En el caso de Iberdrola, la mercantil señala en sus alegaciones razones técnicas para la suspensión, así como el restablecimiento de los servicios en fecha 29 de junio de 2009. E.On señala el restablecimiento para el día 1 de julio de 2009. Finalmente, a este Consejo no le consta la presentación de escrito de alegaciones de Hidrocantábrico y sin embargo consta la suspensión de varios de sus servicios telemáticos de cambio de suministrador que podrían estar afectando a las condiciones de competencia en el mercado de comercialización.

Por lo tanto, el Consejo resuelve establecer medidas cautelares para la mercantil Hidrocantábrico y, a la vista de las alegaciones de las partes y de la falta de acreditación fehaciente por parte de este Consejo del restablecimiento efectivo de todos los servicios suspendidos en el resto de los casos, establecer medidas cautelares para el resto, solamente en la medida en que los servicios no hubieran sido restablecidos de forma efectiva.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNC

HA RESUELTO

Único. Acordar la adopción de las siguientes Medidas cautelares:

1ª Ordenar provisionalmente el cese de las prácticas de suspensión de la gestión de solicitudes de cambio de suministrador y el restablecimiento del normal funcionamiento de ese servicio por parte de HIDROCANTÁBRICO y ordenar la misma medida para las mercantiles ENDESA, IBERDROLA, UNIÓN FENOSA y EON, solo para el supuesto de que tal restablecimiento no hubiera sido realizado por los mismos con anterioridad a la notificación de la presente resolución

2ª Intimar a ENDESA, IBERDROLA, UNIÓN FENOSA, HIDROCANTÁBRICO y EON para que, durante el tiempo que dura la tramitación del expediente, se abstengan de obstaculizar en forma alguna la actividad de gestión telemática en los mercados de comercialización de electricidad y especialmente aquellos relacionados con el cambio de suministrador.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueda interponer contra ella Recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES a contar desde el siguiente al de su notificación.

