

RESOLUCIÓN **(Expte. S/0450/12, Convenios Ayuntamientos Gas Natural)**

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Diez Martín, Consejero

En Madrid, a 20 de septiembre 2013

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/0450/12, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación en virtud de escrito presentado contra GAS NATURAL SDG, S.A. por supuesta vulneración del artículo 1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 11 de julio de 2012, se recibió en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un correo electrónico anónimo en el que se ponían en conocimiento de la CNC los siguientes hechos: *“Para establecer ventajas competitivas y aseguramiento del cobro frente a comercializadores que no son de Gas Natural, esta empresa ha firmado convenios con distintos ayuntamientos, Madrid entre ellos, para que el pago de la energía a las comercializadoras de Gas Natural se haga compensando las tasas/tributos que UNION FENOSA DISTRIBUCION o las distribuidoras de gas del Grupo deben pagar a esos ayuntamientos. Esto da una seguridad de cobro del que carecen otras comercializadoras e induce a los ayuntamientos a contratar con la comercializadora de Gas Natural.”* Añade, asimismo que se trata de *“una clara muestra de pactos de colaboración ante clientes e intercambio de información sensible para los negocios”* (folio 3).
2. A la vista de esta información, la DI acordó llevar a cabo una información reservada, de referencia DP 2012-022, con el objeto de determinar la existencia de indicios de infracción.
3. Con fecha 31 de julio de 2012, la DI contestó al citado correo electrónico, agradeciendo la información facilitada y solicitando la remisión de cualquier otra información adicional que pudiera ser aportada (folios 9 y 10). Como contestación,

- con fecha 6 de agosto de 2012, tuvo entrada el texto del convenio firmado con el Ayuntamiento de Madrid, supuestamente firmado a finales de 2011 (folios 17 a 21).
4. Con fecha 23 de julio de 2012, la DI realizó un requerimiento de información a GAS NATURAL FENOSA (folios 4 a 8), en el que se le preguntaba acerca de la existencia de los mencionados convenios con los Ayuntamientos, así como acerca de la compatibilidad entre los mismos y la obligación de separación de actividades estipulada en el artículo 63 de la Ley 34/98, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, LSH). La respuesta a este requerimiento tuvo entrada en la CNC con fecha 10 de agosto de 2012 (folios 22 a 40) e incluía el modelo de los convenios firmados.
 5. A la vista de la información recabada, se acordó el inicio de un procedimiento de investigación bajo la referencia S/0450/12, así como la incorporación al mismo de la documentación obrante en las citadas diligencias previas de referencia DP 2012-022.
 6. Con fecha 30 de abril de 2013, se recibió en este el Consejo de la CNC Propuesta de Archivo de las actuaciones llevadas bajo el referido expediente S/0450/12.
 7. La Propuesta de Archivo fija como hechos los siguientes:

II. “ HECHOS

II.1 Sobre los convenios firmados con los Ayuntamientos

- (6) *De acuerdo con la información facilitada por GAS NATURAL FENOSA, el Grupo ha firmado sendos convenios con los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona (en adelante, los AYUNTAMIENTOS) para la compensación mutua de deudas. Las entidades firmantes de estos acuerdos han sido la distribuidora Gas Natural Distribución y las comercializadoras Gas Natural SUR, Gas Natural Servicios, Gas Natural Comercializadora y Unión Fenosa Comercial (folio 34).*
- (7) *Son objeto de estos convenios, por una parte, los ingresos de derecho público liquidados por los AYUNTAMIENTOS a cualquiera de las sociedades del Grupo GAS NATURAL FENOSA (entre las que se encuentran las empresas comercializadoras y distribuidoras de gas natural) y, por otra, las facturas de las empresas del Grupo reconocidas y liquidadas en la contabilidad municipal.*
- (8) *Así, trimestralmente, los citados Ayuntamientos elaboran un acta de conciliación de cobros y pagos correspondientes al trimestre natural anterior, y, una vez que GAS NATURAL ha prestado su conformidad, se procede a realizar la transferencia correspondiente a favor de GAS NATURAL FENOSA o los AYUNTAMIENTOS, según corresponda.*
- (9) *GAS NATURAL FENOSA indica que, en ocasiones, son las empresas del Grupo las que, de forma individual, solicitan la compensación de sus propias deudas a las entidades locales.*

- (10) *De acuerdo con la información facilitada por GAS NATURAL FENOSA, únicamente habría firmado convenios con los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona (folio 30).*
- (11) *Sin embargo, indica también que, en ocasiones, algunos Ayuntamientos aplican el mecanismo de la compensación aunque no exista ningún convenio suscrito a estos efectos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, puesto que la misma puede acordarse de oficio o a instancia del obligado tributario (folio 34), por lo que otras empresas del Grupo podrían estar aplicando este mecanismo con otros municipios, sin la existencia de un convenio específico para ello.*

II.2 Sobre la normativa tributaria que resulta de aplicación

- (12) *El artículo 71 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece la compensación como forma de extinción de la deuda tributaria, en los siguientes términos: “Las deudas tributarias de un obligado tributario podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con créditos reconocidos por acto administrativo a favor del mismo obligado, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.”*
- (13) *Los artículos 72 y 73 de la citada Ley determinan que dicha compensación puede ser solicitada por el obligado tributario o puede aplicarse de oficio por la Administración tributaria.*
- (14) *Los artículos 55 y siguientes del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, desarrollan la normativa relativa a la compensación de créditos como forma de extinción de deudas tributarias.*
- (15) *Por otra parte, para determinados impuestos¹ la normativa contempla un régimen de consolidación fiscal que permite la tributación conjunta de las entidades integradas en un grupo.*

II.3 Sobre la separación de actividades

- (16) *El Artículo 63 de la LSH establece una serie de pautas para la efectiva separación entre las actividades liberalizadas (producción y suministro) y las actividades reguladas (regasificación, almacenamiento, transporte y distribución). En particular, se establecen unos criterios de independencia que deben ser cumplidos por aquellos grupos empresariales que desarrollen actividades incompatibles entre sí.*
- (17) *Por su parte, el artículo 62 establece los principios de separación contable que deben regir a las actividades gasistas. Así, determina que las sociedades deben llevar en su contabilidad cuentas separadas para, entre otras, las*

¹ Véase el Capítulo VII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o el Capítulo IX del Título IX de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

actividades de distribución y comercialización, especificando los gastos e ingresos estrictamente imputables a cada actividad.

- (18) *Para poder dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 62 y 63 de la LSH, sobre contabilidad e información y separación de actividades respectivamente, el artículo 38 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un régimen económico integrado del sector de gas natural establece que los distribuidores de gas natural deberán proceder a la verificación contable de sus estados financieros, así como los consolidados de las agrupaciones de los mismos, a través de una auditoría externa². Asimismo, establece la obligación de remisión a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (DGPEM) del informe de dichas auditorías, junto con las cuentas anuales y el informe de gestión, así como la desagregación de las cuentas anuales por las actividades de transporte y distribución, indicando los criterios utilizados.*
- (19) *La Orden ITC/2348/2006, de 14 de julio, por la que se establecen las normas de presentación de información contable para las empresas que desarrollen actividades de gas natural y gases manufacturados por canalización desarrolló las obligaciones anteriores, especificando la información a remitir tanto a la DGPEM, como a la Comisión Nacional de Energía (CNE).*
- (20) *Posteriormente, la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización, que vino a derogar la Orden anterior, establece que la información deba ser remitida únicamente a la CNE que, a su vez, deberá elaborar informes periódicos que remitirá a la Secretaría de Estado de Energía.*
- (21) *Finalmente, la Resolución de 17 de noviembre de 2009, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba la información de carácter contable y económico financiero a suministrar por las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización estableció los detalles de la información a facilitar por las entidades³.*
8. Finalmente, la Propuesta de Archivo contiene la valoración jurídica de la DI que sigue:
- (22) *“En el escrito de denuncia anónima no se indica expresamente el artículo de la LDC que habría sido vulnerado por la firma de los convenios entre GAS NATURAL FENOSA y los AYUNTAMIENTOS, aunque se indica que “los*

² La Directiva 2009/73 establece que la auditoría deberá verificar, en particular, que se respeta la obligación de evitar las discriminaciones y las subvenciones cruzadas.

³ De acuerdo con esta disposición, la información a facilitar es la que figura en los apartados segundo, tercero, cuarto y anexos de formularios eléctricos y gasistas de la Circular 5/2009, de 16 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, sobre obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización.

convenios están firmados por todas y cada una de las empresas distribuidoras y comercializadoras, en una clara muestra de pactos de colaboración ante clientes” (folio 3) por lo que puede deducirse que se esté aludiendo a una posible infracción del artículo 1 de la LDC, por conducta colusoria.

- (23) Por otra parte, el denunciante también alude a la ventaja de que goza la comercializadora de GAS NATURAL FENOSA frente a otras comercializadoras, por el hecho de pertenecer al mismo Grupo que la distribuidora de los AYUNTAMIENTOS, lo que apuntaría a una posible infracción del artículo 2 de la LDC, por abuso de posición dominante.*
- (24) Finalmente, el hecho de que los convenios estén suscritos simultáneamente por las empresas comercializadoras y distribuidoras del grupo, que están obligadas a observar una serie de requisitos para la separación efectiva de ambas actividades, en virtud de la normativa sectorial, obliga a hacer también una valoración de una posible infracción del artículo 3 de la LDC, por falseamiento de la libre competencia por actos desleales, en particular, como consecuencia de la infracción de la normativa sectorial.*

Artículo 1

- (25) El artículo 1 de la 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 parte del mercado nacional.*
- (26) En el presente caso, procede analizar si, tal como sostiene el denunciante, como consecuencia del acuerdo suscrito entre GAS NATURAL FENOSA y los AYUNTAMIENTOS, la competencia en el mercado de suministro minorista de gas natural se vería restringida para las comercializadoras ajenas al Grupo GAS NATURAL FENOSA.*
- (27) Razona el denunciante, que “esto da una seguridad de cobro del que carecen otras comercializadoras e induce a los ayuntamientos a contratar con la comercializadora de Gas Natural” (folio 3).*
- (28) De acuerdo con lo anterior, procede valorar, por una parte, las posibles ventajas que estos convenios otorgarían a la suministradora que lo suscribe (el denunciante hace referencia a la seguridad de cobro) y, por otra parte, si estos convenios podrían afectar a los criterios de contratación de este suministro por parte de los AYUNTAMIENTOS.*
- (29) La contratación por parte de las entidades locales viene regulada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta norma determina que la adjudicación de los contratos debe basarse en los principios de igualdad y transparencia y determina los procedimientos a seguir para garantizar el cumplimiento de estos principios.*

- (30) *Así, se comprueba que, en el caso del Ayuntamiento de Madrid, la convocatoria para la adjudicación por procedimiento abierto del “Acuerdo marco⁴ para el suministro de gas natural en el Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos autónomos” fue publicada en el DOUE⁵ de 9 de agosto de 2011⁶ y en el BOE de 2 de septiembre de 2011. El Acuerdo fue adjudicado a Unión Fenosa Comercial, S.L. de acuerdo con los anuncios publicados en el DOUE, con fecha 30 de noviembre de 2011, y en el BOE, con fecha 1 de diciembre de 2011.*
- (31) *De acuerdo con la información publicada, el contrato habría sido adjudicado con fecha 21 de octubre de 2011 y formalizado con fecha 16 de noviembre de 2011. Únicamente se habría recibido una oferta (folios 68 a 80).*
- (32) *En el caso del Ayuntamiento de Barcelona, la convocatoria para la contratación para el suministro de gas para el Ayuntamiento de Barcelona y organismos asociados fue publicada en el DOUE de 31 de diciembre de 2011⁷ y en el BOE de 10 de enero de 2012. El contrato fue adjudicado a Unión Fenosa Comercial, S.L. de acuerdo con los anuncios publicados en el DOUE, con fecha 3 de mayo de 2012, y en el BOE, con fecha 7 de mayo de 2012.*
- (33) *De acuerdo con la información publicada, el contrato habría sido adjudicado con fecha 1 de marzo de 2012 y formalizado con fecha 10 de abril de 2012. Se habrían recibido tres ofertas (folios 81 a 92).*
- (34) *En ambos casos, toda la información ha sido también publicada en el apartado “Perfil del contratante” en sus respectivas páginas web.*
- (35) *A la vista de lo anterior, no se aprecia que la adjudicación de los contratos de suministro de gas natural por parte de las entidades locales, en general, y de los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona, en particular, no haya sido efectuada siguiendo los procedimientos establecidos en la normativa que resulta de aplicación y en base a los principios de transparencia e igualdad.*
- (36) *En ambos casos, el único criterio de adjudicación ha sido el de menor precio, no habiéndose recogido referencia alguna en los pliegos a la existencia de acuerdos de compensación de cobros y pagos que además, de acuerdo con la información aportada por el denunciante, se habrían suscrito con posterioridad a la adjudicación del contrato.*
- (37) *Por tanto, no puede concluirse, tal como afirma el denunciante, que este tipo de acuerdos tenga capacidad para inducir a los Ayuntamientos a contratar con la comercializadora perteneciente al mismo grupo de la distribuidora, en*

⁴ La normativa permite la celebración de acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado. En este sentido, el Ayuntamiento de Madrid adjudicó el citado Acuerdo marco con el objeto de suministrar gas natural a una serie de organismos municipales.

⁵ DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

⁶ El anuncio de información previa se publicó en el DOUE con fecha 20 de julio de 2011.

⁷ El anuncio de información previa se publicó en el DOUE con fecha 27 de septiembre de 2011.

la medida en que carecen de discrecionalidad para la contratación de estos servicios debiendo acudir a los procesos de licitación pública que prevé la Ley de Contratos del Sector Público, debiendo cumplir por tanto con un determinado procedimiento de contratación en concurrencia.

- (38) No obstante lo anterior, resulta preciso valorar si la celebración de este tipo de acuerdos de compensación de deudas puede otorgar a la empresa firmante (en este caso, GAS NATURAL FENOSA) determinadas ventajas competitivas que no sean replicables por otras suministradoras y que, por tanto, le permitan efectuar mejores ofertas en el proceso competitivo promovido por los Ayuntamientos.*
- (39) De acuerdo con la normativa tributaria que resulta de aplicación, la posibilidad de compensar créditos con las Administraciones es una posibilidad al alcance de cualquier entidad que tenga deudas y créditos a su favor con éstas, por lo que cualquier otra empresa suministradora que hubiera resultado adjudicataria de un contrato de suministro con cualquier Ayuntamiento, tendría también la posibilidad de emplear este mecanismo con objeto de simplificar el procedimiento de cobros y pagos, con independencia de que la entidad ostentara o no la titularidad de las redes de distribución para el suministro a esos Ayuntamientos.*
- (40) Es cierto que, en el caso de que la empresa suministradora pertenezca al mismo grupo empresarial que la empresa distribuidora, las cantidades a compensar serán lógicamente superiores, al abarcar los cobros y los pagos de ambas actividades, mientras que otras empresas suministradoras no podrían incorporar los créditos correspondientes a la actividad de distribución.*
- (41) Por tanto, aunque no puede concluirse que los acuerdos celebrados por GAS NATURAL FENOSA con los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona tengan por objeto restringir la competencia en el mercado de suministro minorista de gas natural, en la medida en que simplemente pretenden beneficiarse de las ventajas que otorga la normativa fiscal, no puede descartarse que estos acuerdos puedan tener ciertos efectos en la competencia, puesto que podrían otorgar determinadas ventajas a la empresa suministradora del grupo, en detrimento de otras empresas suministradoras.*
- (42) De acuerdo con esta hipótesis, la empresa comercializadora de GAS NATURAL FENOSA se beneficiaría, como grupo empresarial, de unas condiciones más favorables, lo que le permitiría presentar ofertas económicas inferiores a las de sus competidores en los procedimientos en concurrencia promovidos por los Ayuntamientos, resultando de esta forma adjudicataria de los contratos para efectuar sus suministros de gas natural.*
- (43) Sin embargo, de la misma forma que la competencia podría verse afectada con estos convenios, en el sentido de contribuir a la exclusión de otras suministradoras alternativas en el proceso competitivo de los Ayuntamientos,*

no pueden obviarse los efectos positivos que adicionalmente se derivarían de los mismos hechos.

- (44) Así, por una parte, la firma de este tipo de convenios con las Administraciones Públicas permitiría una reducción de los costes por ambas partes, en términos de gestión y eficacia en los pagos, lo que permitiría una mayor eficiencia en la gestión de los recursos, especialmente destacable en el caso de los Ayuntamientos, por su carácter de entidades públicas. Por otra parte, el hecho de que esta mayor eficiencia pudiera permitir mejorar la oferta para el suministro de gas natural a los Ayuntamientos en el procedimiento de contratación, sería sin duda beneficioso para los Ayuntamientos, que podrían ver reducido su nivel de gastos en este tipo de insumo.*
- (45) Con ello, tanto los Ayuntamientos (y, por tanto, los ciudadanos a los que representan) como GAS NATURAL FENOSA estarían participando equitativamente de las ventajas de la firma de este tipo de convenios, que se muestra como una medida proporcionada y equilibrada para el objetivo perseguido, que GAS NATURAL FENOSA resume de la siguiente forma “El convenio cumple la única función de facilitar la gestión del ayuntamiento y de ayudarle a salvar el problema de disponibilidad del efectivo necesario para hacer sus pagos fuera de los periodos en que éstos obtienen la mayor parte de sus ingresos” (folio 31).*
- (46) Por otra parte, los convenios analizados tienen como único objetivo la compensación de los cobros y los pagos que las obligadas tributarias mantienen con las Administraciones Públicas, por lo que no cabe concluir que impongan restricciones de ningún tipo a las firmantes.*
- (47) Asimismo, tampoco puede concluirse que se esté restringiendo la competencia sobre una parte sustancial de mercado, en la medida en que, en primer lugar, de acuerdo con la información recabada, los convenios han sido suscritos únicamente con dos Ayuntamientos y, en segundo lugar, se trata de un tipo de clientes que no resulta atractivo para la mayoría de los suministradores.*
- (48) De acuerdo con los datos publicados, actualmente existen en España un total de 8.117 municipios, por lo que, a pesar de tratarse de los dos mayores municipios españoles en términos de población, no deja de ser una afectación muy marginal del total de las Administraciones Locales.*
- (49) En términos de consumo de gas natural, tampoco puede hablarse de cantidades representativas. La previsión de consumo en términos de energía que se incluye en el pliego de prescripciones técnicas de la licitación del Ayuntamiento de Madrid (de volumen muy superior a la del Ayuntamiento de Barcelona) supone un total de 160.791 MWh, lo que equivaldría a un 0,25%*

del consumo del Grupo 3⁸ (en el que se encuentran los suministros objeto de licitación) y un 0,04% del consumo total de gas natural⁹.

- (50) *Además, tal como pusieron de manifiesto las propias comercializadoras en el precedente S/328/11 TGSS (referido, en ese caso, al suministro de electricidad), las Administraciones Públicas tienen un escaso interés comercial para las comercializadoras, tanto verticalmente integradas como no integradas, entre otros motivos por la regulación de los suministros esenciales y el riesgo de impago o retrasos en los pagos de algunas de ellas. Este hecho, que justificaba en aquel caso la falta de ofertas para el suministro de electricidad a las dependencias de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), también parece extensible al presente caso, puesto que en el caso del Ayuntamiento Madrid únicamente se presentó una oferta y, en el de Barcelona, sólo participaron tres comercializadoras.*
- (51) *En base a cuanto antecede, no cabe apreciar indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, en la medida en que, aun en el caso de que estos convenios pudieran tener ciertos efectos de exclusión de la competencia en el mercado de suministro de gas natural, se cumplirían los requisitos necesarios para invocar la aplicación del artículo 1.3 de la LDC, en base a las eficiencias que derivarían de los mismos.*

Artículo 2

- (52) *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.*
- (53) *Así, para que la conducta descrita constituyera un abuso de posición de dominio, sería necesario, en primer lugar, que las empresas responsables ostentaran posición dominante en el mercado de referencia y, en segundo lugar, que su actuación pudiera ser calificada de abusiva.*
- (54) *En este caso, la empresa distribuidora del Grupo GAS NATURAL FENOSA sí ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural de dimensión local, que abarcaría las redes que abastecen a los citados Ayuntamientos, por lo que habría que determinar si su conducta, en este caso la firma de dos acuerdos de compensación de cobros y pagos con los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona, podría calificarse de abusiva.*
- (55) *Para que una conducta pueda considerarse abusiva, ha de carecer de justificación objetiva, es decir, son abusivas las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables, por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico.*

⁸ El Grupo 3 incluye a los clientes con suministro a una presión inferior a 4 bar, que generalmente se corresponden con el sector doméstico-comercial.

⁹ De acuerdo con la información recogida en INFORME TRIMESTRAL DE SUPERVISIÓN DEL MERCADO MINORISTA DE GAS NATURAL EN ESPAÑA, correspondiente al cuarto trimestre de 2012, publicado por la CNE, el consumo acumulado en 2012 del grupo 3 habría sido de 65.167.202 MWh y el total de 361.697.407 MWh.

- (56) *En este caso, no podría concluirse que la entidad esté cometiendo un abuso por el hecho de suscribir convenios de compensación de créditos junto con las empresas comercializadoras de su Grupo empresarial y los Ayuntamientos, en la medida en que simplemente está optando por una de las modalidades que la norma tributaria prevé para la extinción de las deudas tributarias, de cara a obtener los beneficios que de la misma se derivan.*
- (57) *Así, tal como indica la propia GAS NATURAL FENOSA, estos convenios facilitan la gestión de los AYUNTAMIENTOS y les ayudan a salvar los posibles problemas de disponibilidad de efectivo. Por su parte, GAS NATURAL FENOSA se beneficia de una mayor eficiencia en los cobros y pagos con los AYUNTAMIENTOS. Es decir, con dichos convenios la empresa distribuidora no perseguiría beneficiar a su empresa comercializadora sino asegurar el legítimo cobro del gas suministrado, condicionándolo a las deudas tributarias pendientes con el Ayuntamiento correspondiente, en virtud de la posibilidad que ofrece la propia normativa tributaria que, incluso, podría ser aplicada de oficio por la Administración.*
- (58) *Por tanto, cabe concluir que no se aprecian indicios de infracción del artículo 2 de la LDC, en la medida en que existe una justificación objetiva para la conducta enjuiciada y, por tanto, no puede ser calificada de abusiva.*

Artículo 3

- (59) *El artículo 3 de la LDC prohíbe “los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*
- (60) *La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal establece en su artículo 15 lo siguiente:*
- “1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*
- 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”*
- (61) *Por tanto, resulta preciso analizar si la firma de estos convenios pudiera constituir un acto de competencia desleal, al suponer una vulneración de la normativa sectorial y, en particular, de lo que se refiere a la separación de actividades entre empresas suministradoras y distribuidoras, que pudiera otorgar una ventaja competitiva al Grupo GAS NATURAL FENOSA.*
- (62) *Como se ha indicado con anterioridad, el artículo 63 de la LSH establece una serie de pautas para la efectiva separación entre las actividades de suministro y de distribución dentro de un mismo grupo empresarial.*
- (63) *De acuerdo con la valoración efectuada por GAS NATURAL FENOSA, “de la lectura de este precepto, resulta que en él nada se dice de la gestión*

separada de los tributos de las sociedades que realizan actividades reguladas” (folio 27).

- (64) Indica, además, que las Directrices de la Comisión Europea sobre la Directiva 2003/55 incluyen los servicios financieros como integrantes de los servicios comunes que pueden ser compartidos por las distintas entidades del grupo, siempre que se cumplan unos criterios determinados: ausencia de subvenciones cruzadas y gestor de los servicios ajeno a la distribuidora. GAS NATURAL FENOSA afirma cumplir ambos requisitos.
- (65) No obstante lo anterior, puesto que la Directiva a la que hace referencia GAS NATURAL FENOSA ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2009/73, procede tomar como referencia la documentación relativa a la Directiva actualmente en vigor.
- (66) En este sentido, GAS NATURAL FENOSA indica que en la nota interpretativa publicada por la CE sobre la separación de actividades en el tercer paquete, de 22 de enero de 2010, “nada se dice sobre la gestión separada de los tributos” (folio 30).
- (67) Sin embargo, de acuerdo con esta nota, debe analizarse individualmente el alcance de los servicios comunes prestados a las distribuidoras por otras partes del Grupo verticalmente integrado, puesto que se asume que la distribuidora debe disponer de los recursos necesarios para operar de forma independiente al grupo. La nota considera que los servicios prestados a la distribuidora por otras partes del Grupo deben ser limitados y, en particular, hace referencia a la prohibición de subvenciones cruzadas concedidas desde la distribuidora a otras partes del grupo verticalmente integrado. Indica que, para asegurar esto, los servicios deben ser prestados en condiciones de mercado y formalizados mediante contrato¹⁰.
- (68) Por tanto, debe analizarse si, como resultado de los convenios suscritos, se han producido subvenciones cruzadas por una doble vía: en primer lugar, por la adjudicación de los servicios financieros de la distribuidora a otra empresa del grupo y, en segundo lugar, por la asignación de los gastos e ingresos correspondientes a cada actividad del Grupo en el marco del convenio de compensación de créditos con los Ayuntamientos.

¹⁰ INTERPRETATIVE NOTE ON DIRECTIVE 2009/72/EC CONCERNING COMMON RULES FOR THE INTERNAL MARKET IN ELECTRICITY AND DIRECTIVE 2009/73/EC CONCERNING COMMON RULES FOR THE INTERNAL MARKET IN NATURAL GAS- THE UNBUNDLING REGIME **3.3.1 Management separation** (...) An important question in the context of management separation is the extent to which it is permissible to have common services, i.e. services that are shared between transmission/distribution, supply and possibly other businesses within the vertically integrated undertaking. Such services could relate to personnel and finance, IT services, accommodation and transport. It is appropriate to look at this issue on a case-by-case basis. Under Article 26(2)(c) Electricity and Gas Directives the DSO must have at its disposal the necessary resources, including human, technical, physical and financial resources, in order to fulfill its tasks of operating, maintaining and developing the network. This means that the DSO cannot unduly rely on the services of other parts of the vertically integrated undertaking, as the DSO itself must have the necessary resources at its disposal to operate, maintain and develop the network. Provision of services by other parts of the vertically integrated undertaking to the DSO will therefore be limited. Where such services are provided, conditions should be fulfilled to reduce competition concerns and to exclude conflicts of interest. In particular, any cross-subsidies being given by the DSO to other parts of the vertically integrated undertaking cannot be accepted. To ensure this, the service must be provided at market conditions and laid down in a contractual arrangement.

- (69) *Por otra parte, tampoco puede obviarse que, tal como se ha valorado previamente, el hecho de que la comercializadora del grupo pueda beneficiarse de unos menores costes a la hora de presentar sus ofertas, como consecuencia de que la empresa distribuidora del grupo esté presente en el convenio de compensación de deudas, también podría venir a constituir de facto una subvención cruzada (encubierta) de la distribuidora a la comercializadora.*
- (70) *No obstante, aun en el caso de que se estuviera produciendo un cruce de rentas entre distribución y suministro, tampoco se aprecian indicios de infracción de la LDC, en la medida en que no se cumpliría el requisito de afectación al interés público.*
- (71) *Los potenciales efectos de exclusión de suministradores de gas natural alternativos al perteneciente al Grupo de la distribuidora se habrían limitado únicamente a dos Ayuntamientos, cuyo consumo, como se ha indicado con anterioridad, resulta muy poco relevante en el conjunto del consumo nacional, e incluso en el segmento más estrecho del sector doméstico-comercial (Grupo 3).*
- (72) *Por otra parte, en el supuesto de que la suministradora de GAS NATURAL FENOSA hubiera podido presentar una oferta menor al procedimiento en concurrencia, gracias a la existencia de los convenios de compensación de deudas, habría tenido el efecto de reducir el precio de adjudicación, lo que implicaría un beneficio directo a los AYUNTAMIENTOS e, indirectamente, a los ciudadanos en general, en su calidad de contribuyentes.*
- (73) *Es decir, que no cabría apreciar infracción del artículo 3 de la LDC, en la medida en que no se aprecia que los convenios controvertidos tengan capacidad para afectar al interés público, por su escasa relevancia en el mercado de suministro minorista de gas natural, y, en todo caso, podrían haber redundado incluso en un beneficio para los consumidores y los ciudadanos, en forma de reducción de costes.*
- (74) *Todo lo anterior, sin perjuicio de la suscripción del convenio pudiera interpretarse como una infracción sectorial por la vulneración de la obligación de separación efectiva entre las actividades de suministro y comercialización de gas natural, motivo por el que esta Dirección de Investigación propone la remisión de la información disponible en este expediente a la CNE, competente, en su caso, para el análisis de la infracción sectorial.”*
9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y fallar esta Resolución en su reunión de 18 de septiembre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente

sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley. En el número 3 del mismo precepto legal se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

SEGUNDO.- Sobre la falta de indicios de infracción de la Ley de defensa de la competencia.

El Consejo está de acuerdo con la Dirección de Investigación en no apreciar indicios de infracción en la información que consta en el expediente, relativa a los convenios firmados por los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona con distribuidoras y comercializadoras del Grupo GN para la compensación mutua de deudas.

En particular, y en lo que hace al análisis de los hechos bajo el prisma del artículo 1 de la LDC, el Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que tales convenios no tienen por objeto restringir la competencia, sino la compensación de los cobros y los pagos que las obligadas tributarias mantienen con las Administraciones Públicas, como que tampoco pueden generar el efecto de restringir la competencia en el mercado de suministro minorista de gas natural por parte de comercializadoras ajenas al Grupo Gas Natural.

A este respecto, la Dirección de Investigación ha comprobado que los Ayuntamientos han adjudicado el contrato de suministro de gas natural mediante un procedimiento de licitación público y abierto (párr. 30 a 32 de la PA), que en ambos casos el contrato fue adjudicado a Unión Fenosa Comercial, S.L. por haber presentado el mejor precio, que era el único criterio de adjudicación del servicio. Así mismo por la Dirección de Investigación se ha comprobado que en los pliegos de contratación no se recoge referencia alguna a la existencia de acuerdos de compensación de cobros y pagos, que, además, de acuerdo con la información aportada por el denunciante, se habrían suscrito con posterioridad a la adjudicación del contrato (párr. 36 de la PA).

En cuanto al análisis de la conducta investigada bajo el artículo 2 de la LDC, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional, el Consejo comparte con la Dirección de Investigación la apreciación de que la empresa distribuidora del Grupo Gas Natural sí ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural de dimensión local, que abarcaría las redes que abastecen a los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona.

Pero, el Consejo con la Dirección de Investigación no aprecia en las conductas investigadas indicios de abuso de esa posición de dominio, sino el ejercicio por parte de la empresa de una de las modalidades que la normativa sectorial prevé para la extinción de las deudas tributarias, que realiza no con el objetivo de beneficiar a su empresa comercializadora sino como mecanismo de una mayor garantía de cobro del gas suministrado al Ayuntamiento.

Por último, la Dirección de Investigación también analiza si las conductas investigadas presentan indicios de infracción del artículo 3 LDC en conjunción con el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, que considera un acto de competencia desleal la infracción de normas.

A estos efectos, la Dirección de Investigación se plantea si la firma de los convenios de referencia pudiera constituir un acto de competencia desleal, al suponer una vulneración de la separación de actividades entre empresas suministradoras y distribuidoras, que pudiera otorgar una ventaja competitiva al Grupo GAS NATURAL FENOSA (GNF).

GNF considera que el art. 63 LSH nada se dice de la gestión separada de los tributos de las sociedades que realizan actividades reguladas, y que las Directrices de la Comisión Europea sobre la Directiva 2003/55 incluyen los servicios financieros como integrantes de los servicios comunes que pueden ser compartidos por las distintas entidades del grupo, siempre que se cumplan unos criterios determinados: ausencia de subvenciones cruzadas y gestor de los servicios ajeno a la distribuidora. GNF afirma cumplir ambos requisitos.

A este respecto la Dirección de Investigación apunta que la citada Directiva ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2009/73, a lo que GNF alega que en la nota interpretativa publicada por la Comisión Europea sobre la separación de actividades en el tercer paquete, de 22 de enero de 2010, “nada se dice sobre la gestión separada de los tributos”. La Dirección de Investigación replica que esa nota de la Comisión Europea considera que los servicios prestados a la distribuidora por otras partes del Grupo deben ser limitados y, en particular, hace referencia a la prohibición de subvenciones cruzadas concedidas desde la distribuidora a otras partes del grupo verticalmente integrado. Indica que, para asegurar esto, los servicios deben ser prestados en condiciones de mercado y formalizados mediante contrato.

No obstante, la Dirección de Investigación no analiza si, como resultado de los convenios suscritos, se han producido subvenciones cruzadas bien mediante la adjudicación de los servicios financieros de la distribuidora a otra empresa del grupo, bien por la asignación de los gastos e ingresos correspondientes a cada actividad del Grupo en el marco del convenio de compensación de créditos con los Ayuntamientos. Tampoco analiza si el hecho de que la comercializadora del grupo pueda beneficiarse de unos menores costes a la hora de presentar sus ofertas, como consecuencia de que la empresa distribuidora del grupo esté presente en el convenio de compensación de deudas, también podría venir a constituir de facto una subvención cruzada (encubierta) de la distribuidora a la comercializadora. Y no realiza este análisis de subvenciones cruzadas porque entiende que, incluso de estar produciéndose tal cruce de rentas entre distribución y comercialización, ese hecho no tendría entidad para producir una afectación del interés público en el sentido del art. 3 LDC.

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que no existen indicios de infracción del art. 3 de la LDC en la información disponible en el expediente,

principalmente porque, como ya se ha apuntado, no tiene por objeto la realización de subvenciones cruzadas entre actividades reguladas y liberalizadas, sino la finalidad de facilitar al Ayuntamiento el pago de sus deudas derivadas del suministro de gas natural, que por lo demás es un tipo de cliente que no suele resultar comercialmente atractivo para la mayoría de los suministradores (Resolución de 11 de mayo de 2012, Expte. S/328/11 TGSS, referenciado por la Dirección de Investigación en el párr. 50 de la PR).

TERCERO.- Sobre la infracción de la obligación legal de separación efectiva entre las actividades de distribución y de comercialización de gas natural

Como se ha señalado en el fundamento de derecho precedente, al analizar la existencia de infracción del art. 3 de la LDC, la Dirección de Investigación apunta a que la firma por GNF de los convenios objeto de análisis en este expediente de actuaciones reservadas pudiera constituir una infracción de la obligación legal de separación efectiva entre las actividades de distribución y de comercialización de gas natural, motivo por lo que propone a este Consejo la remisión de la información disponible en el expediente a la Comisión Nacional de la Energía, competente, en su caso, para el análisis de la infracción sectorial. El Consejo se muestra conforme con esta propuesta.

En mérito a lo que antecede, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA ACORDADO

PRIMERO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar el expediente de información reservada nº S/0450/12, iniciado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra GAS NATURAL SDG, S.A.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento de la Comisión Nacional de la Energía los hechos analizados en esta Resolución por si pudieran constituir una infracción de la obligación legal de separación efectiva entre las actividades de distribución y comercialización de gas natural.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y a la Comisión Nacional de la Energía y, asimismo, notifíquese a la denunciada haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.