

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. S/284/10 Distribución BIAR)**

### **Consejo:**

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

En Madrid, a 24 de mayo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D<sup>a</sup> María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/284/10 Distribución BIAR, que trae causa de la denuncia presentada por la Federación de Empresarios del Metal de la Provincia de Alicante (FEMPA), contra Energías Eléctricas de Biar, S.L., Nexus Energía, S.A. y Eléctrica Nuestra Señora de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana, por una supuesta conducta prohibida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

### **ANTECEDENTES**

1. El fecha 27 de mayo de 2010, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) denuncia presentada por la Federación de Empresarios del Metal de la Provincia de Alicante (FEMPA) contra Energías Eléctricas de Biar, S.L. (en adelante, ENERBI), Nexus Energía, S.A. (en adelante, NEXUS) y Eléctrica Nuestra Señora de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana (en adelante, LA DISTRIBUIDORA), por una supuesta conducta desleal prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), consistente en el envío, por parte de ENERBI, de circulares a los clientes de LA DISTRIBUIDORA, ofreciéndoles una oferta de NEXUS (folios 1 a 30).
2. Las partes en este expediente tal como las describe la DI con los datos aportados por las mismas, son:
  - a) La denunciante es la Federación de Empresarios del Metal de la Provincia de Alicante (FEMPA), es una organización empresarial privada sin ánimo

de lucro cuyo objetivo fundamental es la representación y defensa de los intereses de los empresarios del sector metal de la provincia de Alicante. Aglutina a empresas de la industria, los servicios y el comercio del metal a través de las 16 asociaciones que la conforman, añadiéndose a ellas las empresas pertenecientes a otros sectores incluidos en el metal, como juguetes, equipos, componentes y aplicaciones informáticas, cerrajería, etc.

- b) Eléctrica Nuestra Señora de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana (LA DISTRIBUIDORA) es una empresa distribuidora de electricidad que tiene su ámbito de actuación en la población de Biar (Alicante), con 2.764 puntos de suministro conectados a sus redes. Se trata de una cooperativa que cuenta con 1.973 socios y que es propietaria del 100% de ENERBI y posee el 4% del capital social de NEXUS (folio 36).
  - c) Energías Eléctricas de Biar, S.L. (ENERBI) es una empresa dedicada a la instalación y el mantenimiento de instalaciones eléctricas en general, con sede en la población de Biar.
  - d) Nexus Energía, S.A. (NEXUS) es una comercializadora de electricidad y gas, que fue constituida en el año 2000 por 12 empresas eléctricas. Actualmente tiene 38 socios, de los que 36 son pequeñas distribuidoras (en su mayoría cooperativas), que se distribuyen por distintas zonas del territorio nacional, entre las que se encuentra LA DISTRIBUIDORA.
3. La conducta señalada por la denunciante es que *“por parte de ENERBI se remitieron circulares a los clientes de Eléctrica Nuestra Sra. de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana, ofreciéndoles una oferta de NEXUS ENERGIA, S.A. (sociedad del mismo grupo de empresas, como reconoce la misma comunicación), todo ello con el objetivo de asegurarse, como empresa instaladora electricista, una amplia cartera de clientes, fundamentada en la base de datos de Eléctrica Nuestra Sra. de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana.”* (folio 2)

*Añade que, “Todo ello, se ha venido produciendo en perjuicio de los demás instaladores de la zona de actuación de Eléctrica Nuestra Sra. de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana, toda vez que las tres empresas denunciadas comparten domicilio, mostrador de atención, teléfonos y, por supuesto ficheros y base de datos de clientes, aprovechándose por lo tanto de una información privilegiada de la que carecen el resto de competidores de su ámbito territorial de actuación.”* (Folio 3).

La denunciante concluye que los hechos denunciados son conductas que pueden calificarse de competencia desleal, al violarse los artículos 5, 6, 12 y 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) y solicita que *“se tomen las medidas pertinentes para la cesación de las prácticas prohibidas”* (folios 3 y 4).

Adjunta con la denuncia sendas cartas de LA DISTRIBUIDORA y ENERBI, remitidas el 30 de abril de 2008, dirigidas al mismo destinatario y firmadas el

mismo día por la misma persona, (folios 28 y 29). En la primera, LA DISTRIBUIDORA informa de la supresión de la tarifa de alta tensión a la que se acogía en ese momento el cliente, con fecha 1 de julio de 2008, indicándole que, en caso de no elegir compañía comercializadora, se le facturará a la tarifa general correspondiente de baja tensión. En la segunda, ENERBI informa de la necesidad de contratar con un comercializador en el mercado liberalizado, al quedar extinguidas las tarifas de alta tensión, y adjunta una oferta económica de NEXUS “*mercantil de nuestro grupo empresarial*”.

4. El 2 de septiembre de 2010 la DI efectuó requerimiento de información a LA DISTRIBUIDORA (folios 31 a 35), que fue contestado con fecha 15 de septiembre de 2010 (folios 36 y 37). Asimismo solicitó se indicara su estructura societaria, en qué municipios extiende sus redes, si dispone de SIPS (Sistema de acceso telemático a la base de datos de Puntos de Suministro), y las solicitudes de acceso al mismo recibidas desde 2009.
5. Con fecha 18 de septiembre de 2010, la DI efectuó requerimiento de información a ENERBI (folios 38 a 42), que fue contestado con fecha 29 de septiembre de 2010, (folios 43 y 44). Se le solicitó que confirmara si había remitido cartas a clientes informándoles de la supresión de las tarifas de alta tensión y remitiéndoles una oferta de NEXUS y, en su caso, que indicara el número de destinatarios de la carta y las fechas en que fueron remitidas. Asimismo, se le solicitó que indicara el origen de los datos de contacto de los destinatarios de las cartas y el criterio de selección de los mismos.
6. Ante la respuesta de ENERBI, con fecha 26 de octubre de 2010, la DI remitió nuevo requerimiento de información, adjuntándole copia de la carta supuestamente enviada (folios 45 a 50), que fue contestado con fecha 2 de noviembre de 2010 (folios 51 a 78).
7. Con fecha 17 de diciembre de 2010, la DI efectuó requerimiento de información a NEXUS (folios 79 a 85), que fue contestado con fecha 11 de enero de 2011, (folios 91 a 102). Se le solicitó que facilitara el listado de sus accionistas, especificando sus respectivas actividades y sus cuotas de mercado a nivel nacional y en las redes de sus accionistas distribuidores. Asimismo, se le solicitó que indicara si realiza campañas promocionales a través de sus accionistas y ofertas a los clientes de sus accionistas.
8. Con fecha 11 de marzo de 2011, la DI efectuó nuevo requerimiento de información a NEXUS (folios 103 a 106), que fue contestado con fecha 16 de marzo de 2011, (folio 107). Se le solicitó que indicara si mantenía o había mantenido algún tipo de relación contractual con ENERBI y que, en caso afirmativo, aportara los correspondientes contratos.
9. Con fecha 22 de marzo de 2011 la DI elevó al Consejo Informe y propuesta de resolución en la que, tras un análisis exhaustivo de la conducta en todos los posibles mercados afectados, considera que no existen indicios de infracción de las normas de competencia y respecto a la denuncia concreta

de infracción del artículo 3 de la LDC añade que, *“incluso en caso de probarse la existencia de un acto desleal tipificado en la LCD, no se verían afectados de manera sensible los mecanismos del mercado y, por tanto, el interés general”* por lo que en consecuencia propone la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones.

10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló ésta Resolución en su reunión de 18 de mayo de 2011.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El artículo 49.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), dispone que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la DI, podrá no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y archivar las actuaciones que se hayan llevado a cabo, cuando no aprecie indicios de infracción de la LDC en los hechos investigados.

El artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (BOE 27.02.2008), dispone que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación, por propia iniciativa, a iniciativa del Consejo de la CNC o previa denuncia. Asimismo dispone que el acuerdo del Consejo de la CNC de no iniciación del procedimiento, a propuesta de la DI, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la LDC.

En este expediente la DI propone al Consejo la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones llevadas a cabo en el trámite de información reservada, porque considera que no se han acreditado indicios de infracción de la LDC.

**SEGUNDO.-** La conducta denunciada por FEMPA es el uso por parte de ENERBI de la información privilegiada de la que, como propietaria de las redes de distribución en BIAR, dispone su matriz LA DISTRIBUIDORA, para promocionar a la comercializadora de electricidad del grupo NEXUS, con el objeto, dice el denunciante, *“de asegurarse, como empresa instaladora electricista, una amplia cartera de clientes”*.

Aunque el denunciante sólo hace referencia a una posible infracción del artículo 3 de la LDC, la DI ha considerado que dada la naturaleza de los hechos investigados y las características de los mercados relacionados en los que se habrían producido, o en los que podrían incidir: a) el mercado de distribución de electricidad; b) el mercado de suministro minorista de electricidad, y c) el mercado de instalaciones eléctricas de ejecución no reservada a la distribuidora, era conveniente analizar si en las conductas

denunciadas había indicios de infracción de los artículos 1 y/o 2 de la LDC, por tratarse de actuaciones dirigidas a favorecer a sus filiales y participadas, obstaculizando la captación de clientes en la red de la DISTRIBUIDORA por parte de terceros operadores en el momento de la liberalización del mercado a partir del 1 de julio de 2008.

Estas mismas consideraciones en relación a la conducta, es decir la posibilidad de que se tratara de una actuación de la empresa de distribución de energía LA DISTRIBUIDORA y su filial ENERBI para favorecer a la comercializadora en la que participa NEXUS, en la provincia de Alicante y, muy en particular, en la población de Biar, y por tanto de que se tratara de una conducta de naturaleza exclusionaria, en la medida en que se estaría dificultando la entrada en dicho mercado a otros competidores, incluidos operadores internacionales, lo que redundaría, en su caso, en una posible afectación incluso del comercio intracomunitario, ha hecho que la DI considerara que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la citada Ley 1/2002, la autoridad competente para conocer del caso es la CNC.

**TERCERO.-** Teniendo en cuenta las consideraciones del Fundamento anterior, la DI en su Informe y Propuesta al Consejo hace un detallado análisis de la regulación del mercado eléctrico de distribución y de comercialización, que el Consejo no va a reiterar, y analiza la conducta denunciada en relación con los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

Respecto a una posible infracción del artículo 1, la DI no aprecia en los hechos analizados indicios de infracción por las razones siguientes.

Sobre un posible acuerdo entre la empresa distribuidora de energía, LA DISTRIBUIDORA y ENERBI, la DI lo descarta por ausencia de bilateralidad ya que la primera es propietaria al 100% de la segunda y además, añade, la empresa eléctrica no está obligada a la separación funcional de actividades de la normativa del sector eléctrico aplicable a las empresas distribuidoras con más de 100.000 clientes conectados a sus redes, puesto que sólo tiene 2.764 clientes.

Basándose en las respuestas de las partes la DI también descarta indicios de acuerdo entre la DISTRIBUIDORA, (en su caso a través de ENERBI) y la comercializadora NEXUS. Ambas partes niegan en sus escritos la existencia de cualquier acuerdo entre ellas. Por una parte, LA DISTRIBUIDORA indica que *“Enerbi no tiene ni ha tenido relación comercial con Nexus Energía, ni ha ofrecido servicios de ningún tipo a los clientes de la distribuidora”* (folio 36) y la propia ENERBI indica que *“en ningún caso hubo interés comercial o de negocio por parte de Enerbi”*. Por su parte, NEXUS indica que *“Nexus no ha realizado campañas promocionales de sus servicios a través de sus accionistas”*. No existe evidencia de circular a todos los clientes de la DISTRIBUIDORA, solo las cartas aportadas por ENERBI a 6 de los clientes de media tensión afectados por lo establecido en el Real Decreto 871/2007, que dice las remitió porque le habían solicitado orientación sobre comercializador. Según la DI en el año 2009 NEXUS tiene tres clientes de alta tensión de la red de la Distribuidora, lo que

no considera que constituya un indicio de concertación entre NEXUS y LA DISTRIBUIDORA para quedarse con los clientes de esta última.

En todo caso, como recoge la DI, a partir de 1 de julio de 2009, el artículo 4 del Real Decreto 485/2009 dispone el traspaso de los clientes de las pequeñas distribuidoras análogas a LA DISTRIBUIDORA a la comercializadora de su elección.

Y la DI concluye que, además, no se aprecia que la conducta analizada hubiera sido capaz de afectar de manera significativa a la competencia, habida cuenta de que la carta fue dirigida únicamente a 6 consumidores, en un mercado constituido por un total de 27.338.764 puntos de suministro, siendo suministrados por NEXUS tan solo 3 clientes de alta tensión en 2009 en las redes de LA DISTRIBUIDORA.

El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en todo o parte del mercado.

En el caso que nos ocupa LA DISTRIBUIDORA tiene posición de dominio en el ámbito de su red de distribución de energía en la localidad de Biar, por lo que la DI analiza si las actuaciones llevadas a cabo por ella o por su filial ENERBI desde su posición de dominio en el mercado de la distribución, pudieran reforzar su posición en el mercado conexo de suministro minorista de electricidad o en el de instalaciones eléctricas de ejecución no reservada a la distribuidora, en beneficio de ENERBI.

La DI descarta indicios de infracción en el primer mercado por las razones de los párrafos anteriores y descarta asimismo indicios de abuso en el mercado instalaciones eléctricas, porque no existe ningún signo de que la posible comercialización por parte de NEXUS a los clientes de LA DISTRIBUIDORA, lleve a la contratación de ENERBI

Finalmente y por lo que se refiere al artículo 3 de la LDC, objeto de la denuncia, y que prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público, la DI tras un largo análisis de la posible infracción de los artículos de la LCD a que se refiere el denunciante, concluye que en la información recabada no se aprecian indicios de que se haya visto afectada la competencia en el mercado, ni de que las conductas afecten al interés público, ya que las cartas fueron dirigidas únicamente a 6 consumidores, por lo no puede considerarse que el interés público se haya visto afectado. Y añade que incluso en caso de probarse la existencia de un acto desleal tipificado en la LCD, no se verían afectados de manera sensible los mecanismos del mercado y, por tanto, el interés general, por lo que no encuentra indicios de infracción del artículo 3 de la LDC.

**CUARTO.-** A la vista de las actividades que desarrolla cada una de las partes denunciadas en los mercados en que operan y la relación que existe entre las mismas, siempre según la información que obra en el expediente, el Consejo coincide con la DI en que los mercados potencialmente afectados por las conductas descritas serían el mercado de instalaciones eléctricas de ejecución

no reservada a la distribuidora y el mercado de suministro minorista de electricidad.

En lo que respecta al mercado de las instalaciones eléctricas donde opera ENERBI, no cabe plantear la aplicación del artículo 1 puesto esta empresa es filial al 100% de LA DISTRIBUIDORA. Por otro lado, como razona la DI, no hay indicios de que la conducta tenga capacidad para afectar a la competencia en el mercado de instalaciones eléctricas.

En cuanto al mercado de la comercialización de la energía eléctrica, LA DISTRIBUIDORA no está presente en el mismo a través de ninguna filial o empresa de su grupo, lo que impide considerar que pretenda apalancarse en la posición de dominio que ostenta sobre su red para extender su poder de mercado al ámbito de la comercialización. Sí está presente en dicho mercado NEXUS, en la que LA DISTRIBUIDORA participa con un 4%. Hipotéticamente LA DISTRIBUIDORA podría haber favorecido a esta comercializadora en detrimento de las demás en relación con los clientes enganchados a los puntos de suministro del ámbito de su red. Pero, incluso si así fuera, dada la dimensión de LA DISTRIBUIDORA y el alcance de las cartas enviadas no cabe deducir que pueda producirse una obstaculización de la competencia efectiva en el mercado de la comercialización de electricidad. En especial si tenemos en cuenta el potencial de los competidores a los que NEXUS se enfrenta en el mercado nacional y en dicho territorio en particular.

De hecho, la dimensión de LA DISTRIBUIDORA, con 2.764 clientes, la sitúa muy por debajo de los 100.000 clientes, límite a partir del cual la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (LSE) obliga a la separación funcional.

Finalmente y en relación con el objeto concreto de la denuncia, la posible infracción del artículo 3 de la LDC en el mercado de instalaciones eléctricas por incumplimiento de las normas de competencia desleal, y al margen de la posible infracción de estas últimas sobre las que este Consejo no necesita pronunciarse, la conducta denunciada no tiene capacidad para afectar a la competencia en el mercado ni, por tanto, al interés general.

Teniendo en cuenta que en las conductas denunciadas no se aprecian indicios de infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC, que aconsejen continuar la tramitación del expediente, el Consejo considera que, de acuerdo con lo previsto en el punto 3 del artículo 49 de la LDC, procede archivar las actuaciones llevadas a cabo hasta este momento.

En consecuencia, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

## **RESUELVE**

**ÚNICO.-** No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación en el expediente S-248/10

Distribución BIAR, por no apreciar en la conducta denunciada indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.