

RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0184/09 GAS NATURAL) CONSEJO

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

En Madrid, a 29 julio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador S/0184/09 GAS NATURAL, incoado en virtud de la denuncia formulada por IBERDROLA, S.A., contra GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. y GAS NATURAL SDG, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 11 de septiembre de 2009, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) escrito presentado por IBERDROLA S.A. (IBERDROLA), en el que denunciaba a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. (GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, GND) por una conducta de abuso de posición de dominio por la negativa de esta última a tramitar las solicitudes de cambio de suministrador presentadas por IBERDROLA en las que la conformidad del cliente se había producido telefónicamente. Asimismo, se denunciaba la realización, por parte de GAS NATURAL SDG, S.A. (GN SDG), de una campaña de comunicación masiva a clientes, que contenía información engañosa y denigratoria para el resto de competidores en el mercado. Se solicitaba la adopción de medidas cautelares consistentes en ordenar a la entidad denunciada el cese en las conductas descritas (folios 1 a 329).
2. A la vista de dicha información, la Dirección de Investigación de la CNC inició, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada tendente a determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificaran la incoación de expediente sancionador.
3. Como resultado de la misma, la observación de indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, llevó a la Dirección de Investigación a que el 2 de diciembre de 2009, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la referida Ley, acordase la incoación de expediente sancionador contra GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN por una posible infracción de los artículos 2 y 3 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La conducta habría consistido en

obstaculizar, a través de las actuaciones descritas, el cambio de suministrador de gas por parte de los clientes, en particular, mediante la negativa a tramitar las solicitudes de cambio de suministrador realizadas mediante grabaciones sonoras. La incoación de dicho expediente quedó registrada con el número S/0184/09 (folios 330 y 331).

4. El 11 de diciembre de 2009 GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN solicitó ante la Dirección de Investigación el inicio de la terminación convencional del procedimiento sancionador S/0184/09, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC (folio 350). Tras serle denegada dicha solicitud (folio 351) la DI tuvo conocimiento del Proyecto de Real Decreto por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, que incorporaba un nuevo apartado al Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, con el fin de puntualizar las formas de constatación de la conformidad del cliente al cambio de suministrador, lo que fue argumentado el 4 de febrero de 2010 cuando GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN solicitó de nuevo la terminación convencional del expediente sancionador S/0184/09 (folios 357 a 407).

Tras ser acordado el 10 de febrero de 2010 el inicio de dicho procedimiento por parte de la Directora de Investigación de la CNC (folios 408 y 409), IBERDROLA solicitó el 22 de febrero (folios 427 a 466), el 1 de marzo (folios 472 a 478) y 11 de marzo de 2010 (folios 482 a 507) la finalización del procedimiento de terminación convencional y la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador. Analizada la propuesta de compromisos presentada y valoradas las alegaciones realizadas por los interesados, la Dirección de Investigación consideró que los compromisos presentados no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de la realización, por parte de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, de las conductas denunciadas y, de conformidad con el artículo 39.3 del RDC, se requirió a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN para que, en el plazo de 5 días, presentara nuevos compromisos que resolvieran los problemas detectados (folios 530 y 531).

Al no haber presentado nueva propuesta de compromisos en el plazo establecido, por Acuerdo de la Directora de Investigación de 26 de marzo de 2010, se tuvo por desistido a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN de su petición de terminación convencional del procedimiento, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador y levantándose la suspensión del plazo máximo para resolverlo. Asimismo, se procedió al cambio de instructor del expediente, por necesidades del servicio (folios 548 a 550).

5. En el citado escrito de IBERDROLA de 11 de marzo de 2010, se denuncian nuevos hechos acaecidos desde el 1 de marzo, y se complementan las alegaciones presentadas hasta el momento. Denuncia que las prácticas de obstaculización no se limitan solo a la negativa de las distribuidoras integradas

en el grupo a tramitar las solicitudes sino que también se hacía referencia a una campaña de comunicación masiva realizada en el tercer trimestre de 2009, y que dicha campaña debía serle imputada a GAS NATURAL SDG, por lo que se solicitaba la ampliación del expediente sancionador para incluir a esta empresa, cabecera del grupo. Se denuncia también una carta enviada por GAS NATURAL el 8 de marzo de 2010 (folio 507) en la que se le advierte a IBERDROLA que debe presentar en el plazo de cinco días las conformidades de los clientes que en los últimos meses han cambiado de suministrador sin que hubiesen aportado en su momento dicha conformidad.

6. Con fecha 20 de abril de 2010, se requirió a GAS NATURAL, para que especificara cuál era la sociedad del Grupo responsable de la campaña de comunicación objeto de la segunda conducta denunciada (folios 563 a 565). La información solicitada tuvo entrada en la CNC con fecha 4 de mayo de 2010 (folios 573 a 667).
7. Por acuerdo de la Directora de Investigación de 7 de mayo de 2010, se acordó la ampliación del acuerdo de incoación del expediente, entendiéndose también la incoación contra GAS NATURAL COMERCIAL SDG, S.L. (GNC) (folios 668 a 670).
8. El 24 de mayo de 2010 la Directora de Investigación formula el Pliego de Concreción de Hechos, que se notifica a las partes para que estas puedan presentar sus alegaciones.
9. El día 25 de mayo de 2010 se solicita a la Comisión Nacional de la Energía (CNE) el informe regulado en el art.17.2, a cuyos efectos se le adjuntó para su conocimiento el PCH. El informe solicitado fue recibido en la CNC el 24 de junio de 2010.
10. El día 8 de junio de 2010 se recibe en la CNC Pliego de Descargo de GAS NATURAL COMERCIAL SDG, S.L. y de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A., y el día 11 de junio de 2010 se reciben sendos escritos desistiendo de una de las pruebas solicitadas. En sendos escritos manifiestan su más absoluta disconformidad con el PCH de 24 de mayo, expresan que algunos supuestos fácticos son erróneos y que la interpretación que la DI hace de la norma es incorrecta, aunque no se fundamentan ninguna de las afirmaciones anteriores.
11. El 15 de junio tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones de 11 de junio de 2010 en el que manifiesta su conformidad con la propuesta de la DI pero solicita ampliar el acuerdo de incoación para incluir como nuevo abuso de posición de dominio la exigencia de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN de que los suministradores aporten una copia escaneada de las cartas de conformidad o las grabaciones de audio de las conversaciones telefónicas, como requisito ineludible para validar las solicitudes de cambio de suministrador, y que se eleve al Consejo informe solicitando como medida cautelar que GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN renuncie a exigir dicho requisito.

12. El 24 de junio de 2010 tuvo entrada en la CNC el Informe de la CNE de conformidad con el artículo 17.2 de la ley 15/2007.
13. El 12 de julio la Dirección de Investigación dictó y notificó a las partes la Propuesta de Resolución (PR).
14. El 28 de julio de 2010 presentaron escritos de alegaciones a la PR de la Dirección de Investigación GAS NATURAL COMERCIAL SDG y GAS NATURAL DISTRIBUCION, y el 29 de julio de 2010 lo hizo IBERDROLA.
15. El día 17 de agosto la Dirección de Investigación eleva el Informe Propuesta al Consejo, remitiéndose el mismo junto con el expediente al Consejo. En la misma, la Dirección de Investigación, a la vista de lo actuado, y conforme al artículo 50.4 de la LDC, PROPONE:

“Primero. Que se declare la infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, así como el artículo 102 del TFUE, por parte de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, por la denegación a IBERDROLA del acceso a sus redes de distribución, al aportarse la conformidad del consumidor mediante grabaciones sonoras, en el período comprendido entre julio de 2007 y mayo de 2009.

Segundo. Que se declare la infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, por parte de GAS NATURAL COMERCIAL, por la realización de una campaña de comunicación a sus consumidores, entre el 15 de mayo y el 15 de septiembre de 2009, alertando sobre las prácticas comerciales de agentes ajenos a la compañía.

Tercero. Que se declare la infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, por parte de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, por amenazar a IBERDROLA, mediante carta del día 5 de marzo de 2010, con la anulación de las solicitudes aceptadas, que no hayan sido acompañadas de ninguna documentación ni grabación telefónica.

Cuarto. Que las conductas de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.b) de la LDC.

Quinto. Que las conductas de GAS NATURAL COMERCIAL se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones graves del artículo 62.3.c) de la LDC.

Sexto. Que se declare responsable de dichas infracciones a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN y a GAS NATURAL COMERCIAL, respectivamente.

Séptimo. Que se imponga a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC y a GAS NATURAL COMERCIAL la sanción prevista en el artículo 63.1.b) de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC”.

16. El 1 de junio de 2011, el Consejo de la CNC procedió a la remisión a la Comisión Europea de la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, acordándose la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente sobre la base del art. 37.2 de la LDC. Dicha suspensión fue levantada con efecto de 2 de julio de 2011.
17. Son interesados en el presente expediente los siguientes:
 - GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A.
 - GAS NATURAL COMERCIAL SDG, S.A.
 - IBERDROLA, S.A.
18. El Consejo deliberó y falló la presente Resolución en reuniones plenarios del 20 y 27 de julio de 2011.

HECHOS PROBADOS

El Consejo considera como probados los hechos que se transcriben a continuación y que se contienen en la Propuesta de Resolución que la Dirección de Investigación ha elevado al Consejo de la CNC.

I. Sobre las partes interesadas en este expediente

“Gas Natural Distribución SDG, S.A. (GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN)

- (14) *GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN es una empresa distribuidora de gas natural, íntegramente participada por GAS NATURAL SDG, S.A., sociedad cabecera del GRUPO GAS NATURAL FENOSA.*
- (15) *GAS NATURAL FENOSA es una compañía multinacional en el sector del gas y la electricidad. En España, la compañía es líder en el negocio de distribución y está presente en toda la cadena de valor del gas, a través de la participación en proyectos de exploración, producción, licuefacción y transporte. La reciente adquisición de la compañía eléctrica Unión Fenosa, tercera del mercado español, le ha permitido integrar los negocios de gas y electricidad en una compañía.*
- (16) *El Grupo realiza la actividad de distribución a través de diez distribuidoras regionales: GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN (Cataluña, Madrid y Aragón), GAS NATURAL CEGAS (C. Valenciana), GAS NATURAL MURCIA, GAS NATURAL ANDALUCÍA, GAS NATURAL CASTILLA-LA MANCHA, GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN, GAS NAVARRA, GAS NATURAL RIOJA, GAS NATURAL CANTABRIA y GAS GALICIA.*
- (17) *En su conjunto, en diciembre de 2009, GAS NATURAL FENOSA contaba con 5.954.287 puntos de suministro de gas en sus redes, lo que equivale al 84,30% del total nacional.*

- (18) *La actividad de comercialización de gas natural del GRUPO GAS NATURAL FENOSA es llevada a cabo a través de las sociedades Gas Natural Comercializadora, S.A., Gas Natural Servicios SDG, S.A., Unión Fenosa Comercial, S.L. y Gas Natural SUR SDG, S.A. (suministro de último recurso).*
- (19) *La cuota de mercado del GRUPO GAS NATURAL FENOSA en diciembre de 2009 en el mercado de suministro minorista de gas natural fue del 37,38%, en términos de energía, y del 72,17%, por número de clientes, ocupando el primer lugar.*
- Gas Natural Comercial SDG, S.A. (GAS NATURAL COMERCIAL)*
- (20) *GAS NATURAL COMERCIAL es una empresa íntegramente participada por GAS NATURAL SDG, S.A., sociedad cabecera del GRUPO GAS NATURAL FENOSA, que se dedica a la prestación de servicios comerciales y de atención al cliente, así como la representación, promoción, desarrollo, gestión, administración y control de toda clase de entidades, empresas, marcas, patentes o productos, etc.*
- IBERDROLA, S.A. (IBERDROLA)*
- (21) *IBERDROLA es la empresa cabecera del GRUPO IBERDROLA y realiza, entre otras, la actividad de comercialización de energía eléctrica y de gas natural.*
- (22) *El GRUPO IBERDROLA es un grupo energético español, con presencia internacional. Presente en el sector eléctrico desde sus inicios, desde 2001 actúa también en el sector gasista, operando actualmente en toda la cadena. Ocupa una posición destacada en el sector de las energías renovables.*
- (23) *La cuota de mercado del GRUPO IBERDROLA, en diciembre de 2009, en el mercado de suministro minorista de gas natural fue del 11,53%, en términos de energía, y del 3,46%, por número de clientes, ocupando el tercer lugar tras el GRUPO GAS NATURAL FENOSA y el GRUPO ENDESA.*
- (24) *La cuota de mercado del GRUPO IBERDROLA, en el tercer trimestre de 2008, en el mercado de suministro minorista de electricidad fue del 14,31%, en volumen de energía, y del 17,65%, por número de puntos, ocupando el segundo lugar tras ENDESA.”*

II. Sobre el mercado en el que operan las empresas interesadas

- (25) *“El sector del gas natural viene regulado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, LSH), modificada por la Ley 12/2007, de 2 de julio, que traspone en España la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, y por su normativa de desarrollo.*

- (26) *El artículo 60 de la LSH establece que la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción, aprovisionamiento y comercialización de gas se desarrollan en régimen de libre competencia.*

Distribución

- (27) *La actividad de distribución comprende la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar el gas en los puntos de consumo¹. Los precedentes nacionales y comunitarios² han considerado que cada red de distribución conforma un monopolio natural, estando su acceso y sus tarifas regulados.*
- (28) *Asimismo, hasta el 1 de julio de 2008, los distribuidores han sido responsables del suministro de gas a tarifa regulada. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a tarifa de último recurso como en mercado libre, ha pasado a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.*

Comercialización

- (29) *La actividad de comercialización comprende la adquisición de gas natural para su venta a los consumidores, a otros comercializadores o para realizar tránsitos internacionales, para lo que resulta preciso acceder a las instalaciones de terceros de transporte y distribución³.*
- (30) *Los precedentes más recientes⁴ han optado por diferenciar los mercados de suministro por el tipo de cliente, teniendo en cuenta las diferencias en volúmenes de consumo, patrones de demanda, tipos de contrato, relaciones con los clientes, márgenes comerciales, etc. Así, se ha distinguido entre suministro a grandes clientes o clientes industriales (que se asimila al suministro a alta presión), suministro a clientes residenciales y PYMES (que se asimila a baja presión) y suministro a centrales de ciclo combinado para generación eléctrica.*

Acceso de terceros a la red (ATR)

- (31) *Ambas actividades, distribución y comercialización o suministro minorista, se encuentran estrechamente relacionadas, por cuanto para vehicular el gas es imprescindible contar con las infraestructuras adecuadas. Así, para llevar a cabo el suministro a los consumidores es preciso acceder a las instalaciones de distribución. Por este motivo, la Ley del Sector de Hidrocarburos garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad⁵.*

¹ Artículo 58 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

² Resolución del Consejo, de 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa (párrafo 263).

³ Artículos 58 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

⁴ Resolución del Consejo, de 11 de febrero de 2009, expediente nº C-98/08 Gas Natural/Unión Fenosa (párrafos 266 y 267) y Decisión de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 2004, caso nº COMP/M.3440 EDP/ENI/GDP (párrafo 270).

⁵ Artículo 60 y 76 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

- (32) *La regulación del acceso de terceros a la red ha cobrado especial relevancia con la liberalización del sector y la separación efectiva de las actividades de suministro de las actividades de red (transporte y distribución). Desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Además, desde el 1 de julio de 2008, la actividad de suministro se reserva exclusivamente a los comercializadores, por lo que los distribuidores se limitan únicamente a la gestión de sus redes.*
- (33) *Los procedimientos de acceso a las redes y de cambio de suministrador se regulan en el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural. Su artículo 44 establece que, para hacer un cambio de suministrador, el consumidor, directamente o a través del comercializador, deberá presentar una solicitud a la distribuidora, que procederá a su validación en el plazo máximo de 6 días.*
- (34) *La regulación española permite que un grupo de sociedades desarrolle actividades reguladas y no reguladas (integración vertical), aunque obliga a que haya una separación jurídica, funcional y contable de las actividades incompatibles, con el fin de garantizar las mayores condiciones de competencia⁶.*
- (35) *El hecho de que las redes de distribución constituyan una infraestructura imprescindible para el ejercicio de la actividad de comercialización, que la empresa distribuidora realice la actividad en régimen de monopolio y que en ambos mercados actúen empresas verticalmente integradas, obliga a dedicarle una especial atención a las condiciones en las que se desarrollan estas actividades, desde el punto de vista de la competencia. Por ello, la doctrina establece la existencia de una especial responsabilidad por parte de la empresa que controla la infraestructura básica, con el fin de garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado “aguas abajo” de comercialización.*

Estructura de la oferta

- (36) *Actualmente, son 13 las empresas autorizadas en España para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural, además de las 5 comercializadoras de último recurso, estando las redes de distribución gestionadas por 29 sociedades que, en su mayoría, pertenecen a los principales grupos empresariales.*
- (37) *El número total en España de puntos de suministro de redes de distribución y transporte de gas natural, en diciembre de 2009, fue de 7.069.856,*

⁶ Artículo 62 y 63 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

perteneciendo el 84,3% de los puntos al GRUPO GAS NATURAL FENOSA, el 10,0% al grupo Naturgas y el 5,7% al grupo Endesa. Por tanto, se aprecia un importante grado de asimetría entre la cuota de mercado de GAS NATURAL FENOSA y la de los demás competidores, aunque va decreciendo paulatinamente.

- (38) *Respecto al suministro minorista de gas natural, las cuotas de mercado correspondientes al tercer trimestre de 2009, fueron del 37,8% para el GRUPO GAS NATURAL FENOSA, del 14,50% para el Grupo Endesa y del 11,53% para el GRUPO IBERDROLA, en términos de energía, y del 72,17% para el GRUPO GAS NATURAL FENOSA, del 15,55% para el grupo Endesa y del 8,81% para el Grupo Naturgas, según el número de cliente (Informe trimestral de supervisión del mercado minorista de gas natural en España" correspondiente al cuarto trimestre de 2009, publicado por la Comisión Nacional de Energía (CNE))”*

III. Sobre las conductas denunciadas

“1. GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA con consentimiento verbal del cliente recabado telefónicamente.

- (39) *GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA, en las que se daba traslado en formato electrónico del consentimiento verbal del cliente recabado telefónicamente, en tres ocasiones: julio de 2007, octubre de 2007 y mayo de 2009.*

1.1 Julio de 2007

- (40) *El 19 de junio de 2007, IBERDROLA remitió un escrito a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN en el que solicitaba el acceso para 399 clientes que habían efectuado la contratación telefónica del servicio. Adjuntaban, asimismo, en soporte electrónico, las grabaciones sonoras del consentimiento verbal manifestado telefónicamente por los clientes (folios 160 a 167).*
- (41) *El 11 de julio de 2007, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA “por cuanto de las cintas de grabaciones sonoras remitidas no se garantiza la autenticidad, ni la identificación fiable del peticionario del acceso, ni la integridad del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, como requiere el artículo 5.2 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre.” Además, procede a la devolución de los CD remitidos, “por cuanto GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, SA no dispone de autorización de los consumidores para tratar los mismos lo cual podría vulnerar la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal.” (folio 202).*

1.2 Octubre de 2007

- (42) *El 2 de agosto de 2007, IBERDROLA remitió un escrito a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN en el que rebatía los argumentos esgrimidos por ésta en su*

carta de 11 de julio y solicitaba nuevamente el acceso para esos clientes que habían efectuado la contratación telefónica del servicio, adjuntando las grabaciones sonoras en soporte electrónico (folios 256 a 258).

- (43) El 21 de octubre de 2007, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA (folio 275) ya que, de acuerdo con el informe emitido por la Comisión Nacional de Energía, el 13 de septiembre de 2007, denominado "Informe sobre los escritos de IBERDROLA solicitando se requiera a GAS NATURAL para que se tramite las solicitudes de cambio de suministrador, y la determinación de la validez de la grabación sonora del consentimiento del cliente a la contratación del suministro de gas natural" (folios 261 a 273), "el consentimiento verbal del consumidor no está contemplado actualmente en los procedimientos de cambio de suministrador de la normativa gasista".

1.3 Mayo de 2009

- (44) El 27 de mayo de 2009, IBERDROLA remitió correo electrónico a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN adjuntando las grabaciones con la autorización del cliente para solicitar el cambio de comercializador, que procederían a solicitar posteriormente a través del SCTD (Sistema de Comunicación Transporte-Distribución) (folios 318 a 320).
- (45) El 29 de mayo de 2009, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA con los mismos argumentos esgrimidos en julio de 2007 (folios 322 a 324). Adjuntaron, además, el informe emitido por la Comisión Nacional de Energía, el 8 de mayo de 2008, denominado "Informe de contestación al escrito de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. sobre el procedimiento de cambio de suministrador de gas natural" (folios 288 a 316).

2. GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN remitió a IBERDROLA un escrito en el que le informaba de que procedería a la anulación de todas las solicitudes aceptadas a las que no se hubiera acompañado ninguna documentación ni grabación telefónica.

- (46) Con fecha 18 de marzo de 2010, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN remitió a IBERDROLA escrito en el que informaba de que, a partir de la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural (27 de febrero de 2010), "las empresas distribuidoras del grupo GAS NATURAL atenderán las solicitudes de cambio de suministrador que le dirijan en las condiciones reglamentariamente establecidas, con tal que a la misma se acompañe en soporte electrónico la documentación o grabación telefónica que acredite que ustedes cuentan con la voluntad inequívoca del cliente para solicitar el cambio [...]" (folio 507).
- (47) En la misma carta, se añadía lo siguiente (negrita y subrayado añadido):

“Adicionalmente, ponemos en su conocimiento que vamos a proceder a anular todas las solicitudes aceptadas, tanto antes como después de la entrada en vigor de ese cambio normativo, a las que no se haya acompañado ninguna documentación ni grabación telefónica, a menos que nos haga llegar uno u otro soporte en el plazo de cinco días.”

3. La Comisión Nacional de Energía (CNE) emitió sendos informes sobre las consultas presentadas por IBERDROLA y GAS NATURAL, respectivamente.

- (48) *Con fecha 10 de julio de 2007, IBERDROLA remitió escrito a la CNE solicitándole que requiriera a GAS NATURAL para que tramitara debidamente las solicitudes de cambio de suministrador remitidas por IBERDROLA, y que tomara las medidas oportunas, en el caso de que se apreciara la existencia de una actuación infractora de la normativa aplicable a los cambios de suministrador (folios 178 a 185).*
- (49) *Con la misma fecha, IBERDROLA remitió un segundo escrito a la CNE en el que solicitaba que determinara la validez de la grabación sonora del consentimiento del cliente a la contratación del suministro de gas natural y su conformidad con el cambio de suministrador, manifestado telefónicamente (folios 187 a 200).*
- (50) *El 13 de septiembre de 2007, la CNE emitió el informe denominado “Informe sobre los escritos de IBERDROLA solicitando se requiera a GAS NATURAL para que se tramite las solicitudes de cambio de suministrador, y la determinación de la validez de la grabación sonora del consentimiento del cliente a la contratación del suministro de gas natural” (folios 260 a 273). En este informe concluía lo siguiente:*
- “El consentimiento verbal del consumidor al cambio de suministrador (contratación telefónica) no está contemplado actualmente en los procedimientos de cambio de suministrador de la normativa gasista, recogidos en el Real Decreto 1434/2002.*
- No obstante, esta Comisión opina que la implantación de este procedimiento permitiría agilizar y reducir significativamente los costes administrativos de cambio de suministrador, y por lo tanto, contribuiría a mejorar el grado de competencia en el mercado minorista. [...]”*
- (51) *Por su parte, el 26 de noviembre de 2007, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN informó a IBERDROLA acerca de la consulta que había presentado ante la CNE, como el “organismo a quien en última instancia corresponde pronunciarse sobre los conflictos que se planteen en relación a la denegación de los cambios de suministrador” (folio 282).*
- (52) *El 8 de mayo de 2008, la CNE emitió un informe denominado “Informe de contestación al escrito de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. sobre el procedimiento de cambio de suministrador de gas natural” (folios 288 a 316). En él concluía lo siguiente:*

“[...] sin perjuicio de que la empresa comercializadora sea responsable de custodiar las pruebas acreditativas de la conformidad del cliente, y de que se indique esta circunstancia en la solicitud de cambio de suministrador, deberá remitirse –en soporte papel o electrónico– tal voluntad inequívoca del cliente.”

4. La Dirección General de Política Energética y Minas remitió una comunicación a los distribuidores de gas natural y a SEDIGAS.

- (53) *Con fecha 15 de octubre de 2007, el Subdirector General de Hidrocarburos remitió a la Asociación Española del Gas (SEDIGAS) copia de la comunicación de la Dirección General de Política Energética y Minas, dirigida a los distribuidores de gas natural y a SEDIGAS (folios 277 y 278).*
- (54) *En dicha carta se informa de que “se entenderá que un cliente ha dado su conformidad expresa para realizar un cambio de suministrador siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. Esto incluye tanto la contratación convencional por escrito, como las nuevas modalidades de contratación telefónica o electrónica reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.”.*

5. Se aprobó el Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.

- (55) *El 26 de febrero de 2010, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural (folios 467 a 471).*
- (56) *Este Real Decreto vino a sustituir al Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, que fue anulado por sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21 de abril de 2009.*
- (57) *En él se recogen el régimen jurídico de los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, los derechos y obligaciones de los suministradores de último recurso y una serie de medidas para promover la competencia en el proceso de puesta en marcha del suministro de último recurso. Además, se modifica el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, añadiéndole un nuevo apartado referente al cambio de suministrador”.*

En la exposición de motivos de este Real Decreto se dice expresamente:

“Con el fin de incidir en la validez de las formas de contratación incluidas en el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, se incluye la disposición final primera para puntualizar las formas de

constatación de la conformidad del cliente al cambio de suministrador. Esta modificación no supone un cambio de criterio ni una innovación normativa, simplemente pretende garantizar la correcta aplicación de los mecanismos ya previstos en el citado Real Decreto así como en la Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso, todo ello con el fin de hacer efectivo el cambio de suministrador.”

Y la disposición final primera establece:

Disposición final primera. Cambio de suministrador.

Se modifica el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, añadiendo el apartado 6 siguiente:

«6. En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.»

6. GAS NATURAL COMERCIAL realizó una campaña de comunicación a sus clientes, alertándoles sobre las prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía.

- (58) *Coincidiendo con dos ciclos de facturación (el primero, comprendido entre el 15 de mayo y el 15 de julio y el segundo, entre el 15 de julio y el 15 de septiembre), GAS NATURAL COMERCIAL remitió una carta a sus consumidores domésticos (tarifas T1 y T2) en la que se les alertaba sobre las prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía (folios 326 a 329). De acuerdo con la información facilitada por la denunciada, el número total de envíos fue de aproximadamente 5 millones.*

(59) *Se transcriben, a continuación, los principales contenidos de la carta (negrita añadida):*

“En los últimos meses algunos de nuestros clientes nos han expresado un cierto malestar derivado de la visita inesperada de agentes comerciales no pertenecientes a GAS NATURAL.

Estos comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas, ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas de forma rápida y fácil.

La normativa vigente facilita al máximo el cambio de comercializadora. Y es justo esta facilidad la que aprovechan dichos comerciales para atraer clientes a otras compañías, ofreciéndoles facturar en condiciones aparentemente más ventajosas, asegurándoles, además, que es GAS NATURAL quien sigue responsabilizándose del servicio.

Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por GAS NATURAL.

Por este motivo, y con el único objetivo de que pueda seguir disfrutando de las máximas garantías de servicio, confort y tranquilidad a los que usted y su familia están acostumbrados por ser clientes de GAS NATURAL, le recomendamos que tome una serie de precauciones:

[...]

Para su mayor seguridad y confianza, ponemos a su disposición nuestro Teléfono de Atención al Cliente 902 444 426, para ayudarle a resolver cualquier duda, o para prevenir los inconvenientes que puedan causarle acciones ajenas a nuestra compañía.”

IV. Sobre la regulación en materia de cambio de suministrador

Como desarrollo reglamentario de la LSH, el RD 1434/2002 regula, entre otras actividades, la del suministro y por ello desarrolla todas las relaciones entre empresas gasistas y los consumidores, tanto en el mercado regulado como en el liberalizado, y en lo que interesa a esta Resolución los procedimientos para el cambio de suministro referente al suministro. Sobre ello, dice el propio RD en su exposición de motivos que el cambio de suministrador es de especial relevancia de cara al correcto funcionamiento de un mercado totalmente liberalizado, que exige la máxima seguridad, facilidad y rapidez en el cambio de suministrador, elemento clave para el desarrollo de un mercado competitivo. Y así, su artículo 44 establece lo siguiente:

“Artículo 44. Cambio de suministrador.

1. Cualquier consumidor con suministro de gas natural y que tenga la consideración de cualificado podrá solicitar, por sí mismo o mediante la empresa comercializadora que vaya a suministrarle, un cambio de suministrador.

2. Las solicitudes de cambio de suministrador deberán recoger al menos la información siguiente:

- a) Fecha de la solicitud o comunicación.
- b) Identificación del consumidor: CIF/NIF del cliente, nombre, domicilio.
- c) Identificación del punto de suministro.
- d) Conformidad del cliente con el cambio de suministrador.
- e) Empresa que está realizando el suministro.
- f) Empresa que va a realizar el suministro.
- g) Empresa responsable de la medida.
- h) Características y propiedad de los equipos de medida.
- i) Condiciones de la nueva contratación (Tarifa, Peajes, etc.), que permitan efectuar la facturación del consumo y/o los peajes asociados.
- j) Duración y tipo de contrato.

3. Para suministros a presión inferior o igual a 16 bar la solicitud se presentará a la empresa distribuidora, la cual procederá a la validación de la misma, comprobando que los datos que figuran en ella se corresponden con los recogidos en la base de datos, a que hace referencia el artículo 43, y que el nuevo suministrador está debidamente autorizado para ejercer dicha actividad. En aquellos suministros que supongan un consumo anual unitario superior a 10 GWh recabará asimismo la validación puntual de las solicitudes por parte de los transportistas propietarios de instalaciones de entrada al sistema de transporte y distribución.

Los transportistas revisarán las solicitudes con consumos anuales inferiores a 10 GWh, de forma agrupada por comercializador y punto de entrada para realizar las comprobaciones a los que les habilita la reglamentación vigente en relación con el acceso de terceros.

El plazo máximo para validación de solicitudes será de seis días hábiles a partir de la recepción de la solicitud, comunicando al solicitante las posibles deficiencias dentro de dicho plazo.

4. Para suministros a presión superior a 16 bar las solicitudes de cambio de suministrador se validarán y tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en el 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 sistema económico integrado del sector de gas natural.

Artículo 45. Cambio de un consumidor del mercado regulado al mercado liberalizado.

1. Cualquier consumidor cuyo suministro de gas natural se realice a tarifas y que tenga la consideración de cualificado podrá solicitar, por sí mismo o a través de la

nueva comercializadora, a la distribuidora que tuviera asignado el punto de suministro el cambio de suministrador, aportando la conformidad del consumidor.

2. Para los consumidores con un consumo anual inferior a 100.000 kWh, una vez validada la solicitud de acuerdo con el artículo 43, la empresa distribuidora deberá efectuar la estimación del consumo y liquidación del suministro a tarifas, comunicando a la empresa comercializadora la fecha de cambio. La fecha de cambio coincidirá siempre con el día 1, 11 ó 21 de cada mes, debiendo el distribuidor seleccionar la fecha de cambio más próxima a la de la validación.

3. Para los consumidores con un consumo anual igual o superior a 100.000 kWh, una vez validada la solicitud, la empresa distribuidora deberá efectuar la medición y liquidación del suministro a tarifas, comunicando a la empresa comercializadora la fecha del cambio.

La fecha de cambio coincidirá con la fecha real de lectura, que se efectuará durante los cinco últimos días hábiles de cada mes, debiendo el distribuidor seleccionar la fecha de cambio más próxima a la de la validación. Para consumidores con teled medida la fecha de cambio se efectuará dentro de los seis días hábiles posteriores a la fecha de validación de la solicitud.

4. El cambio del suministro a tarifas al mercado liberalizado no supondrá el reconocimiento de ningún coste para el consumidor ni para la empresa comercializadora.

La factura de liquidación del suministro incluirá exclusivamente los importes correspondientes al suministro hasta la fecha del cambio cualquier otro contrato existente entre el consumidor y el distribuidor no se verá afectado por el paso al mercado liberalizado, pudiendo mantenerse o rescindirse de acuerdo con las condiciones contractuales.

5. El cambio al mercado liberalizado de un consumidor supondrá de forma automática y a partir de la fecha del mismo la modificación del correspondiente contrato de acceso al sistema de transporte y distribución del comercializador y la facturación al mismo, de los correspondientes peajes. Dicha modificación no será de aplicación a los contratos de acceso a plantas de regasificación, almacenamientos ni de entrada al sistema de transporte y distribución, que permanecerán en las mismas condiciones establecidas en los contratos suscritos por cada comercializador.

6. En relación con la liquidación del suministro a tarifas, será de aplicación lo dispuesto sobre reclamaciones en el artículo 61 y en caso de impago la suspensión del suministro de acuerdo con el artículo 57 del presente Real Decreto.

7. Las empresas distribuidoras y comercializadoras mantendrán durante cinco años el registro histórico de las comunicaciones mantenidas para el paso de clientes del mercado regulado al mercado liberalizado para la resolución de los eventuales conflictos”.

Y con respecto a la contratación telefónica o electrónica, esta se encuentra regulada en la Ley 7/1998, de 13 de abril, cuyo artículo 5.3 establece los criterios que deben

cumplirse en la contratación telefónica o electrónica. En concreto, su apartado tercero establece que:

[...]

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. [...]

Este apartado se desarrolla en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, que entró en vigor el 1 de marzo de 2000, y en cuyo artículo 5 se establece que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos exigibles en este tipo de contratos corresponde al predisponente y especifica (subrayado y negrita añadidos):

“2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aun cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable.[...]”

Por último, el 31 de julio de 2007 se publicaba en el BOE la ORDEN ITC/2309/2007, de 30 de julio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de GAS NATURAL, y en su Disposición adicional primera establecía lo siguiente:

“Disposición adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador.

Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo, a los efectos de lo previsto en el artículo 44.2.d) del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de

transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto de la presente resolución

En la presente Resolución el Consejo de la CNC debe pronunciarse sobre la propuesta que la Dirección de Investigación le ha elevado, en aplicación de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, teniendo en consideración las alegaciones presentadas por las partes ante este Consejo.

La Dirección de Investigación llega a la conclusión de que se han llevado a cabo tres infracciones de la LDC.

Valora que GAS NATURAL DISTRIBUCION ha abusado de su posición de dominio en el mercado de distribución al haber denegado a IBERDROLA el acceso a sus redes de distribución entre julio de 2007 y mayo de 2009, cuando aportaba la conformidad del consumidor mediante grabaciones sonoras, lo cual constituye una infracción del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE. Se trata de una conducta sin duda susceptible de afectar el comercio entre Estados Miembros en la medida que las dificultades que GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN está poniendo al cambio de suministrador puede desincentivar y dificultar la entrada de nuevos operadores en el mercado español del suministro de gas natural a los consumidores, operadores tanto nacionales como de cualquier otro Estado de la Unión Europea.

También habría abusado de su posición de dominio en marzo de 2010, al amenazar a IBERDROLA con la anulación de las solicitudes aceptadas antes y después de la entrada en vigor del RD 104/2010, de 5 de febrero, que no hubiesen sido acompañadas de ninguna documentación ni grabación telefónica con la conformidad del cliente, lo cual constituiría una infracción del artículo 2 de la LDC.

En cuanto a GAS NATURAL COMERCIAL, ésta habría infringido el artículo 3 de la LDC al haber realizado entre el 15 de mayo y el 15 de septiembre de 2009 una campaña de comunicación a sus clientes, enviando unos cinco millones de cartas alertando sobre las prácticas comerciales de agentes ajenos a la compañía.

La Ley 15/2007 entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. El primero de los hechos denunciados acontece en julio de 2007, cuando aún está en vigor la ley 16/1989. Por lo tanto, respecto a la primera de las conductas denunciadas una parte de ella se realiza estando en vigor la Ley 16/1986, y el resto estando ya en vigor la ley

15/2007. El artículo 2 de la Ley 15/2007 prohíbe la misma conducta que el artículo 6 de la Ley 16/1989, por lo que a los efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal. En este caso no se aprecia circunstancia alguna que pueda resultar en que la aplicación de una u otra norma sea ni más ni menos favorable para la imputada. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 16/1989 sea más favorable que la Ley 15/2007 para ninguna de las empresas imputadas, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada cuyas normas procesales han sido las aplicadas en la tramitación de este expediente, incoado bajo la vigencia de la misma.

SEGUNDO.- Alegaciones de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN y GAS NATURAL COMERCIAL

Las alegaciones a la Propuesta de Resolución presentadas por GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN y GAS NATURAL COMERCIAL reproducen exactamente las presentadas en su día al Pliego de Concreción de Hechos y se resumen en que (i) algunos de los presupuestos fácticos recogidos en los antecedentes del PCH son radicalmente erróneos, aunque no se especifica cuál de ellos; (ii) se han considerado como hechos acreditados una serie de hechos que no se desprenden de la documentación ni de ningún otro elemento de prueba incorporado al expediente, aunque no se especifica cuál de ellos; (iii) las pretendidas infracciones de la normativa sectorial específica aplicable a la distribución del gas natural no son tales, pues según el alegante la interpretación que se hace de la misma en el Pliego es equivocada y pone de manifiesto la falta de conocimiento de una normativa tan compleja y específica como es la del sector regulado de la distribución de gas natural; y (iv) de la documentación aportada al expediente y de la normativa sectorial específica citada en el PCH, no resulta infracción de la LDC.

También añade GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN en las alegaciones a la PR y a efectos del cálculo de la sanción que *“la determinación de los efectos sobre el mercado se ha realizado prescindiendo del más mínimo rigor, al no haberse medido, ni siquiera considerado el efecto que se ha producido sobre el mercado desde el momento que, tras la entrada en vigor del Real Decreto 114/2010, las empresas distribuidoras de gas han admitido por primera vez el cambio de suministrador por teléfono”* y que *“la determinación del importe de la sanción carece asimismo del más mínimo rigor, al imputar a una empresa distribuidora acciones que habrían afectado a un mercado recientemente liberalizado, siendo que éste sería el mercado de la comercialización y nunca el de la distribución, que constituye un monopolio natural según la reiterada doctrina sentada por la propia CNC.”*

GAS NATURAL COMERCIAL alega también que la PR adolece de la misma falta de rigor a la hora de determinar los efectos del envío de los cinco millones de cartas, porque no se ha *“utilizado ningún parámetro objetivo para medir el eventual impacto (...), ni se explicita por qué se ha considerado que el mercado en que opera GAS NATURAL COMERCIAL sea el mercado de comercialización de gas natural”*.

TERCERO.- Las alegaciones de IBERDROLA

IBERDROLA, que denunció las conductas objeto de análisis de la presente Resolución, se muestra conforme con la PR, aunque solicita a la Dirección de Investigación que en el informe que eleve al Consejo acuerde en primer lugar *“Ampliar el acuerdo de incoación y/o de la imputación contenida en el PCH y en el Informe Propuesta, conforme al artículo 29 RDC, al objeto de incluir como nuevo abuso de posición de dominio la exigencia de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. de que los suministradores aporten copia escaneada de las cartas de conformidad o las grabaciones de audio de las conversaciones telefónicas, como requisito ineludible para validar las solicitudes de cambio de suministrador o, en su caso, proponer al Consejo dicha ampliación en el Informe a remitir conforme al artículo 50.5 de la Ley”* . Y en segundo lugar *“Elevar al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia informe favorable sobre la solicitud de una nueva medida cautelar consistente en obligar a GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG, S.A. a en soporte físico o electrónico sobre la conformidad del cliente en relación con el cambio de suministrador”*.

Y por último, en caso de que la Dirección de Investigación no acordara ninguna de las dos peticiones anteriores, *“Solicita al Consejo [de la Comisión] de Defensa de la Competencia que adopte tales acuerdos de conformidad con lo señalado en los artículos 51.4 (por entender que la cuestión sometida a su conocimiento no ha sido debidamente calificada) y 54 (adopción de medidas cautelares) de la Ley de Defensa de la Competencia.”*

IBERDROLA entiende que no es necesario aportar documentación alguna al distribuidor que acredite la conformidad del cliente, y pretende que esta interpretación está justificada apoyándose en informes de la CNE, de 23 de junio y de 7 de julio, y en su opinión la posición de GAS NATURAL DISTRIBUCION constituye una nueva infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE.

Pretende el denunciante que el Consejo de la CNC acuerde ampliar la incoación sobre una nueva conducta, y que sobre la misma se adopte una medida cautelar.

La nueva conducta denunciada como un abuso de posición de dominio de GAS NATURAL que Distribución consistiría en exigir que los suministradores aporten una copia escaneada de las cartas de conformidad o las grabaciones de audio de las conversaciones telefónicas, es un hecho que no consta en el PCH, y por tanto se trata de una denuncia que no ha sido analizada ni hay ninguna propuesta sobre la misma, por lo que no resulta procedente pronunciamiento alguno del Consejo. Por ende, nada puede decirse sobre la medida cautelar solicitada en relación a esa supuesta conducta.

En todo caso, la Dirección de Investigación en la Propuesta de resolución ha señalado que no hay ningún pronunciamiento en el PCH ni a favor ni en contra de que deba darse traslado de la documentación en las solicitudes de cambio de suministrador, y menos en el sentido que pretende IBERDROLA.

CUARTO. El abuso de posición de dominio de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN

La Dirección de Investigación considera que GND habría infringido el artículo 2 LDC y el artículo 102 TFUE al haber denegado a IBERDROLA de forma injustificada el acceso a sus redes de distribución, interpretando esta conducta como un intento de obstaculizar el cambio de suministrador de los clientes. Argumenta que “los incentivos de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN a impedir el cambio de suministrador de gas deben valorarse teniendo en cuenta dos factores de gran relevancia: la integración vertical entre las actividades de distribución y de suministro en el Grupo, así como el momento en que se desarrolla la conducta, antes de la desaparición del suministro a tarifa de gas, en el que se produciría el traspaso automático de los consumidores a las comercializadoras de último recurso pertenecientes al mismo grupo que la distribuidora, en caso de no disponer de un contrato con un comercializador en el mercado libre”; que “el objeto de dichas prácticas estaría en línea con algunos precedentes recientes en los mercados de distribución y suministro eléctrico”, como las conductas ya sancionadas por la CNC en los expedientes originados por la denuncia de CÉNTRICA contra ENDESA, UNION FENOSA, ELECTRA DE VIESGO, IBERDROLA E HIDROCANTÁBRICO; que *“esta conducta encajaría en la doctrina de los mercados conexos, de acuerdo con la cual el abuso de una posición dominante en un determinado mercado puede producir efectos en otros mercados –ascendente, descendente o vecino- si la empresa se aprovecha de ese poder de mercado para extender la posición de dominio a los mismos o para reforzarla, en caso de que ya fuese dominante en ellos; y que “ en este caso, GAS NATURAL estaría haciendo uso de la posición de dominio que ostenta en sus redes de distribución, para reforzar su posición en el mercado conexo de suministro minorista de gas natural”.*

Sobre el mercado relevante y la posición de dominio

Siguiendo los elementos que deben ser analizados ante una conducta que responde al tipo infractor del abuso de posición de dominio, comenzamos con la determinación del mercado relevante y la existencia de posición dominio por parte del infractor, siendo un hecho indiscutible que la actividad de distribución de gas natural se configura como una actividad de monopolio natural. Como recuerda la exposición de motivos de la LSH se trata de una actividad que requiere una conexión física entre productor y consumidor, cuya duplicidad no tiene sentido económico. A la vez, para el desarrollo de la actividad de comercialización, actividad liberalizada y que debe operar en régimen de libre competencia, los distribuidores deben permitir que terceros accedan a sus redes, acceso por el que recibirán la correspondiente remuneración regulada. En el presente caso el acceso se materializa cuando un consumidor, o en su caso el comercializador que presta servicio a dicho consumidor, obtiene, tras solicitarle al distribuidor el cambio de suministrador, la confirmación del cambio solicitado. A partir de ese momento el distribuidor percibirá un ingreso por el acceso a su red del consumidor y el comercializador percibirá el pago por el suministro del gas natural.

En cuanto al carácter de monopolio regional que supone una red de distribución como la que representa la aquí analizada, este Consejo ya ha fundamentado en anteriores expedientes este carácter (por todas en materia de energía eléctrica RCNC 641/08 Céntrica/Endesa o RCNC 638/08 GAS NATURAL 2).

Todo distribuidor detenta la posición de dominio en la distribución que le otorga el hecho de ser propietario de la única infraestructura existente para desarrollar la actividad de distribución, y por lo tanto su posición de dominio se extenderá geográficamente hasta donde alcancen los tubos de distribución de su propiedad. En definitiva, la actividad de distribución configura monopolios naturales regionales, o locales, en función de la extensión física de su red. Ahora bien, es evidente que los obstáculos que imponga la distribuidora tendrán su efecto en la comercialización, pues ambas actividades son conexas.

Por lo tanto no puede haber controversia en que GAS NATURAL DISTRIBUCION tiene posición de dominio en cada una de las redes de distribución de su propiedad, y a nivel nacional y a nivel de grupo, tal y como consta en los HP de esta resolución (§37), en diciembre de 2009, el GRUPO GAS NATURAL FENOSA tenía el 84,3 % de los puntos de suministro en redes de distribución y transporte, frente al 10% de NATURGAS y al 7% del GRUPO ENDESA. Tampoco GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN ha alegado contra la fijación de su posición de dominio en el mercado de la distribución, es decir en el acceso a sus redes de distribución.

Sobre los mercados conexos de la distribución y la comercialización

El proceso de liberalización que ha tenido lugar en el sector del gas natural, cuyas bases fueron establecidas en la Ley 34/1998 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH) se ha ordenado sobre la realidad estructural de este sector, donde conviven actividades que configuran monopolios naturales con actividades cuya provisión puede beneficiarse de la competencia que exista entre los diferentes oferentes de dicha actividad. Así, las actuales características estructurales de las actividades de transporte y distribución al requerir conexiones físicas entre productores y consumidores les otorgan a las mismas la categoría de monopolios naturales, y por tanto serán actividades reguladas. Por el contrario, el resto de actividades, como la adquisición de gas y la comercialización son actividades que se ejercerán libremente y cuyo régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes (Art.60 LSH).

La LSH introduce además una importante novedad como es la separación entre la propiedad de la infraestructura y el servicio que dicha infraestructura presta, y por ello se crea y regula la figura del Acceso de Terceros a la Red, con el objeto de garantizar que operadores que no sean propietarios de las infraestructuras de transporte o distribución no vean impedido el ejercicio de su actividad en otros ámbitos como es la comercialización, o la adquisición. Por ello la norma garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica, a las instalaciones de transporte y a las instalaciones de distribución, según las condiciones pactadas en la norma. (Art.60.4).

Y además se impone también la separación jurídica de las actividades reguladas y las no reguladas, y la separación contable de las actividades no reguladas cuando una misma entidad jurídica realiza diversas actividades no reguladas. No se impide que un mismo grupo empresarial realice la totalidad de las actividades, reguladas y no reguladas, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes (Art.63).

Esta normativa ha llevado a la actual configuración societaria que muestran los grupos empresariales energéticos en España, especialmente en electricidad y en gas natural. Bajo la empresa matriz, en este caso GAS NATURAL SDG, se encuentran las distintas filiales, propiedad al 100% en la mayoría de los casos de la matriz, donde cada filial tiene como objeto social una actividad concreta, la distribución o la comercialización (en algunos casos incluso la distribución o la comercialización de gas en una zona geográfica delimitada), pero cuyo comportamiento en el mercado en el que opere tiene como fin último la maximización de los beneficios del grupo empresarial al que pertenece.

Se trata de actividades concatenadas que siguen la necesaria ordenación que va desde la adquisición del gas natural (actualmente por importación una vez que se agotaron los escasos yacimientos nacionales) hasta su puesta a disposición al consumidor, lo que lleva a la existencia de mercados conexos en los que puede estar operando la misma empresa desde posiciones de dominio en unos y de competencia en otros. Antes de la liberalización del sector todas y cada una de esas necesarias actividades eran desarrolladas por una misma empresa., Actualmente esa única empresa sigue siendo la propietaria de una parte importante de algunas de las infraestructuras de red (monopolios de transporte y distribución) y además está presente en actividades liberalizadas, pero conexas a dichas actividades reguladas. El resultado es que las empresas que ostentan la posición de dominio en una de las actividades están en posición de extender dicha posición de dominio a los mercados conexos a dicha actividad, o cuando menos, las actuaciones en el mercado en el que ostentan posición de dominio pueden tener sus principales efectos en el mercado conexo de la comercialización, beneficiando directamente a la empresa con posición de dominio, o beneficiando a otras empresas del grupo que operan en el mercado conexo. Es importante observar que si bien el monopolio de la distribución es de carácter local o regional, en España es el Grupo GAS NATURAL el que sigue teniendo la mayor parte de las redes de distribución, y por lo tanto está en posición de desarrollar esta conducta no en una sola zona sino en todo el territorio español, y no cuenta con la amenaza de que otro grupo que pudiera responderle con la misma estrategia, por lo menos con igual intensidad y desincentivar por tanto su conducta. Esta circunstancia magnifica los efectos negativos de la conducta analizada.

En el caso que nos ocupa, el mercado de suministro de gas natural es un mercado conexo al de distribución de gas natural, mercado en el que coexisten clientes denominados de último recurso, desde el 1 de julio de 2008, y clientes en mercado libre. En caso de que el distribuidor denegase una solicitud de cambio de suministrador a un cliente que pretendía cambiarse de suministrador con anterioridad al 1 de julio de 2008 ésta implicaba que el cliente seguiría siendo

suministrado por GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN. Después del 1 de julio de 2008, dichas denegaciones implicarían que el cliente permanecería con la comercializadora que en ese momento le suministraba, es decir, o la comercializadora de último recurso del grupo o Gas natural Comercial. Se trata pues de una conducta ejercida por GND pero cuyos efectos se dejan sentir en el mercado conexo de la comercialización de gas natural.

Sobre el carácter abusivo de la conducta

Sobre la conducta abusiva, la denunciante declara que GAS NATURAL “ha validado cambios de suministrador sin que las solicitudes fueran acompañadas de la acreditación de la conformidad del cliente al cambio de suministrado (doctrina de los actos propios) hasta mayo de 2007, cuando aceptaba las solicitudes firmadas por orden” (f1242), y en los HP de esta Resolución está acreditado que el 11 de julio de 2007 GAS NATURAL DISTRIBUCION rechazó un conjunto de solicitudes, 399, de cambio de suministrador presentadas por IBERDOLA cuya conformidad se había obtenido telefónicamente y las mismas se habían grabado en soporte electrónico. GND le denegó las solicitudes devolviéndole los CDs y argumentó que dichos CDs no garantizaban la autenticidad de las grabaciones y que GND no tenía autorización para tratar los datos contenidos en el CD y que podría vulnerar la Ley de Protección de Datos. Estas denegaciones se repitieron el 21 de octubre de 2007, en este caso GND “el RD 1434/2002, de 27 de diciembre, exige a las empresas distribuidoras garantizar la adecuada protección del consumidor y evitar transferencias no consentidas por el consumidor [...]”, argumentando de nuevo que la CNE había expresado en un informe que “el consentimiento verbal no estaba contemplado en la normativa actual”, (precisamente ese informe se había elaborado a petición de IBERDOLA, que buscaba el respaldo de la CNE a la validez de las grabaciones telefónicas como forma de aportar la conformidad). En mayo de 2009 se produjo una tercera denegación con los argumentos de julio de 2007. La denuncia de IBERDOLA ante la CNC se produjo el 11 de septiembre de 2009, y la incoación el 2 de diciembre. Alega IBERDOLA que a raíz de la incoación del presente expediente se habían reanudado los cambios de suministrador como los acontecidos hasta mayo de 2007. Sin embargo denuncia IBERDOLA, en escrito recibido en la CNC el 11 de marzo de 2010 que el 8 de marzo IBERDOLA recibió una carta de GND en relación con la tramitación de las solicitudes de cambio de suministrador en la que le comunica que con motivo de la entrada en vigor del RD 104/2010 solo se procederá al cambio de suministrador cuando las solicitudes vayan acompañadas de la correspondiente acreditación de la inequívoca voluntad del clientes, y que las solicitudes atendidas recientemente que no hubiesen ido acompañadas de tal acreditación serían anuladas si en el plazo de cinco días no aportaban la correspondiente acreditación. IBERDOLA alega que estas anulaciones afectarían desde mediados de diciembre hasta la fecha a unas 12.200 solicitudes.

La Dirección de Investigación entiende que IBERDOLA se ha ajustado a lo reglamentariamente establecido en las solicitudes que, en nombre de su cliente, ha presentado ante GND para proceder a un cambio de suministrador. GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN no niega los hechos descritos, pero justifica su negativa en que en

la normativa que regula las condiciones que deben cumplirse para realizar un cambio de suministrador no aparece expresamente que la conformidad del cliente pueda realizarse verbalmente y que las grabaciones verbales incumplen los criterios reglamentarios que se exigen para que las mismas puedan aceptarse como medio de prueba de la conformidad del cliente. Además argumenta que el “el RD 1434/2002, de 27 de diciembre, exige a las empresas distribuidoras garantizar la adecuada protección del consumidor y evitar transferencias no consentidas por el consumidor [...]”

El Consejo entiende que la regulación aplicable ante la decisión de un consumidor de cambiar de suministrador de gas natural en el caso que ocupa esta Resolución se centra en el artículo 44 del RD 1434/2002, en cuyo número 2 se enumera la información que deberán presentar como mínimo las solicitudes de cambio de suministrador. En la letra d) de dicho listado se encuentra la “Conformidad del cliente con el cambio de suministrador”, sin que se especifique el formato en el que dicha conformidad deba ser cumplimentada.

Cuando IBERDROLA presenta ante GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, el 19 de junio de 2007, un total de 399 solicitudes de cambio de suministrador, acompañó las mismas de las grabaciones sonoras del consentimiento verbal manifestado telefónicamente por los clientes, dado que dichos nuevos clientes habían sido contactados y captados mediante una campaña de contacto telefónico puesta en marcha por IBERDROLA.

GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN rechaza dichas solicitudes no porque no contengan la conformidad del cliente, sino porque según ella el medio físico que contiene dicha conformidad, esto es, las grabaciones sonoras, no garantizan la autenticidad de dicha conformidad, tal y como regula la legislación general en materia de contratación telefónica, en concreto el artículo 5.2 del RD 1906/1999. Este artículo regula la atribución de la carga de la prueba, y en el número 1 regula explícitamente que la carga de la prueba respecto a las condiciones generales y específicas en las que se contrata el servicio corresponde al predisponente. Y señala explícitamente en su número 2 que cuando el contenido especificado en el número 1 no se haya extendido en soporte papel, y lo haya hecho en cintas de grabación sonora, disquetes, y documentos electrónicos y telemáticos, serán todas ellos admitidos como medio de prueba siempre que quede garantizada su autenticidad, la identidad fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, y el momento de su emisión y recepción. GAS NATURAL denegó alegando que las cintas de grabaciones sonoras no garantizaban lo regulado en el artículo 5.2 del citado RD 1906/1999. Añadía que devolvía los CDs porque no podía tratar la información de los mismos sin vulnerar la Ley Orgánica de Protección de Datos.

El 21 de octubre de 2009 GND, en respuesta a una nueva solicitud de IBERDROLA en agosto de 2009, vuelve a denegar dichas solicitudes, y en esta ocasión hace mención a un Informe de la CNE sobre la cuestión de los formatos soporte de la conformidad del cliente, en que dice que “el consentimiento actualmente en los

procedimientos de cambio de suministrador de la normativa gasista”, pretendiendo así que la CNE estaría soportando sus rechazos a las solicitudes presentadas por IBERDROLA en formato de grabaciones sonoras, ignorando que en el mismo informe la CNE se expresaba a favor de la contratación telefónica como “procedimiento que permitiría agilizar y reducir significativamente los costes administrativos de cambio de suministrador, y por lo tanto, contribuiría a mejorar el grado de competencia en el mercado minorista (...)”.

Sin embargo, GND no tiene en cuenta en su respuesta el contenido de la comunicación que el 15 de octubre de 2007, es decir, una semana antes de la segunda negativa de GND, la Dirección General de Política Energética y Minas le remitió, junto al resto de distribuidores y a SEDIGAS, en la que se informaba explícitamente de que las nuevas modalidades de contratación telefónica o electrónica, reguladas en el RD 1906/1999 de desarrollo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación, eran válidas para acreditar la conformidad expresada por el cliente.

A esta comunicación de la Dirección General del MICYT le siguió, el 8 de mayo de 2008, un segundo Informe de la CNE, precisamente en respuesta a una consulta de GND, en el que claramente la CNE admitía el soporte electrónico como medio válido para acreditar la voluntad inequívoca del cliente.

A pesar de todas estas manifestaciones por parte de los reguladores en apoyo de las grabaciones sonoras como medio válido para soportar la acreditación de la conformidad del cliente con el cambio de suministrador, GND volvió de nuevo a rechazar las solicitudes de cambio de suministrador soportadas en grabaciones sonoras procedentes de contrataciones telefónicas el 27 de mayo de 2009, insistiendo en su errónea valoración de la regulación vigente e ignorando la valoración de los reguladores.

Por último, importa poner de manifiesto los beneficios para el grupo GAS NATURAL SDG que se derivan de esta conducta, pues estas negativas conllevaron que los consumidores permaneciesen con el mismo suministrador al que estaban unidos antes de tomar su decisión de cambio, favoreciendo pues al antiguo suministrador, que en este caso no es otro que alguna de las empresas del grupo GAS NATURAL SDG encargadas del suministro al cliente final, bien sea GND hasta el 1 de julio de 2008, GN Servicios desde el 1 de julio de 2008, o GNC si los clientes que solicitaban el cambio eran ya clientes de GNC en el mercado libre. Los consumidores con derecho a ser considerados consumidores de último recurso (fundamentalmente consumidores domésticos y pymes) que llegados el 1 de julio de 2008, momento en el que desaparece el mercado regulado y sus tarifas, no hubiesen contratado el suministro de gas natural con un consumidor del mercado libre, pasarán a ser suministrados y facturados (a tarifa de último recurso) por la comercializadora de último recurso, en el caso de los consumidores conectados a la red de GND el 1 de julio de 2008 pasarían a ser clientes de GAS NATURAL SERVICIOS, S.A. (la comercializadora de último recurso del grupo). De hecho, como se verá en la conducta imputada a GNC, los receptores de los cinco millones de cartas fueron

tanto los clientes que en su día optaron por contratar en el mercado libre con GNC, como los que optaron por permanecer en el mercado regulado y fueron posteriormente traspasados a GAS NATURAL SERVICIOS.

Justificación objetiva alegada por GAS NATURAL

GND está en una indiscutible posición de dominio con respecto a los consumidores conectados a sus redes, pues solo él puede tramitar y materializar el cambio de suministrador solicitado por los consumidores conectados a sus redes, o por un tercero que actúa en nombre del cliente. Por ello, las negativas a las solicitudes de cambio de suministrador que le sean sometidas, podrán ser compatibles con el artículo 2 de la LDC si las mismas encuentran objetiva justificación.

Esta pretendida justificación objetiva por parte de GND descansa básicamente en la negación de una grabación sonora como medio de acreditar la conformidad del cliente, la imposibilidad de garantizar la autenticidad de las grabaciones y la infracción a la Ley de Protección de Datos que supondría que GND accediese a los datos de carácter personal contenidos en los CDs.

El Consejo debe rechazar la primera de las argumentaciones, pues de todo lo analizado en el presente fundamento de derecho respecto a legislación vigente y al pronunciamiento de los reguladores sectoriales no cabe interpretar más que las grabaciones sonoras procedentes de la contratación telefónica son un formato perfectamente válido sobre el que soportar la información que el artículo 44 del RD 1434/2002 requiere para solicitar un cambio de suministrador. La CNE, en el informe solicitado por la Dirección de Investigación de conformidad con el art.17.2.d) LDC, rechaza categóricamente que la segunda y tercera negativa de cambio de suministrador pueda encontrar ningún tipo de justificación objetiva, especialmente tras el pronunciamiento expreso del MICYT en su Orden ITC/2309/2007, de que era admisible la acreditación de la conformidad expresa del cliente “mediante cualquier medio contrastable”. Sin embargo considera la CNE que la primera de las tres denegaciones podría encontrar alguna justificación objetiva dado que no había ninguna norma que en ese momento contemplara explícitamente el consentimiento verbal. El Consejo valora que si en efecto GND hubiese denegado la primera de las solicitudes por dudar de la validez de la conformidad verbal al no estar explícitamente expresado en ninguna norma, entonces tras la publicación de la Orden ITC/2309/2007 en el BOE el 31 de julio, en la que textualmente se dice “Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo”, cabría haber esperado una actitud distinta de GND después de conocer la orden, es decir, cabría haber esperado que ante la insistencia de IBERDROLA el 2 de agosto de 2007, es decir, dos días después de publicada en el BOE la citada orden, GND debería haber desistido de sus negativas. Nada de esto ocurrió, sino que la actitud de GND se mantuvo constante desde la primera de las denegaciones, sin que ninguna norma posterior, ni pronunciamientos de los reguladores le hiciese cambiar de actitud, actitud que mantuvo hasta como mínimo mayo de 2009, o incluso hasta el momento de la incoación de este expediente como alega

IBERDROLA en sus últimas alegaciones ante este Consejo. Por ello el Consejo entiende que la actitud de GND desde la primera denegación de cambio de suministrador, que además incumplían el plazo de seis días que la ley le otorga para dar contestación a dichas solicitudes, no puede sino ser interpretada como una obstaculización al proceso de cambio de suministrador, proceso básico y fundamental para la introducción de competencia en el mercado de comercialización del gas natural, y que ni siquiera la primera de las denegaciones puede encontrar justificación objetiva, pues pudiendo haber cambiado su actitud lo que hizo fue mantenerla durante al menos dos años más.

Con respecto a la garantía de autenticidad de las grabaciones y su contenido, el Consejo comparte la valoración de la Dirección de Investigación manifestada en el PCH y compartida también por la CNE, respecto a que si bien GND debe validar las solicitudes de cambio de suministrador, dicha tarea implica verificar que las solicitudes cumplen con los requisitos exigidos, en lo que se refiere a su contenido, comprobando que los datos aportados coinciden con los recogidos en el sistema de intercambio de información para la gestión del cambio de suministrador y que el nuevo suministrador está debidamente autorizado, pero ello no implica que GND sea responsable de acreditar la veracidad de la documentación aportada, más allá de su contrastación con los datos que obran en su poder. No puede desprenderse de la regulación en vigor que la distribuidora sea la responsable de verificar la autenticación de la información aportada. Por ello, no encuentra tampoco el Consejo la justificación objetiva pretendida por GND.

Por último, cabe presuponer que los CDs aportados por IBERDROLA contenían la información precisa y regulada por el art.44 del RD 1434/2002 para cumplir con lo estipulado para el cambio de suministrador, independientemente del medio soporte para recoger y entregar dicha información al distribuidor. Por ello no puede aceptarse, como pretende GND, que la infracción a la Ley de Protección de Datos dependa del soporte físico que alberga dicha información, de tal suerte que si la misma se entrega en soporte en papel, el acceso de GND a dicha información no pueda incurrir en una infracción de la Ley de Protección de Datos, y si incurra en dicha infracción si accede a la información por medios electrónicos.

Efectos

La conducta llevada a cabo por GND con las acreditadas negativas injustificadas de cambio de suministrador no solo ha supuesto un perjuicio para IBERDROLA, por la pérdida de los clientes que ya había captado mediante la contratación telefónica, sino también un perjuicio directo a dichos consumidores, pues es lógico suponer que dichos consumidores habrían decidido el cambio de suministrador por las ventajas que el nuevo suministrador les habría ofrecido.

Pero dichas conductas tienen un efecto aun mayor al provocar una pérdida significativa de la competencia efectiva en el mercado de la comercialización del gas natural, donde se manifiestan plenamente los efectos de esta conducta. Así, además del perjuicio directo y evidente a los 399 afectados por la negativa de cambio de suministrador y a IBERDROLA, es lógico deducir un segundo perjuicio aun de mayor

magnitud que el medido directamente por la negativa a las 399 solicitudes, como es el desincentivo a continuar con esta nueva herramienta de contratación como es el canal telefónico, un medio con amplio potencial para introducir competencia en la comercialización de gas natural. Ese amplio potencial se deriva de los menores costes comerciales que supone este canal al no requerir desplazamiento físico de los comerciales al domicilio de los potenciales clientes, a la vez que supone un ahorro en los costes de transacción para el cliente, por la comodidad y facilidad que le puede suponer este formato de contratación. Con las insistentes negativas de GND a este medio de contratación no solo desincentivan de su práctica al agente afectado, en este caso IBERDROLA, sino que si ese desincentivo se generaliza al resto de operadores presentes en el mercado de la comercialización de gas natural, resultara seriamente distorsionado el proceso de liberalización acometido con la promulgación de la LSH. Los incentivos a invertir en este nuevo canal de captación de clientes se serán reducidos por tener que incurrir en los costes que conlleva la implementación de esta herramienta de captación y contratación de clientes, si lo que espera al final del proceso es la negativa del distribuidor a tramitar y materializar el cambio de suministrador.

La Comisión Europea, en sus Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 del TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, entiende, según expresa en el § 81, que “el control de estas prácticas es prioritario siempre que concurren todas las siguientes circunstancias cumulativas:

- la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente,
- sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y
- sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores

En el caso que nos ocupa nos encontramos que se trata de un servicio, el cambio de suministrador, que debía gestionar el distribuidor, cuya obstrucción dificulta seriamente a los comercializadores de gas natural competir en el mercado descendente del suministro de gas natural a consumidores finales, actualmente liberalizado. Dichas denegaciones desincentivan el uso de un instrumento nuevo, eficaz y de bajo coste, que resulta básico para competir en la captación de clientes, habiendo podido restar utilidad al mismo durante un periodo dilatado de tiempo. Los comercializadores se verían así abocados a renunciar a un instrumento para la captación de clientes, como es el procedimiento de captación y contratación telefónica, porque GND impide que dicho procedimiento pueda culminar con éxito al negar el paso final y último de este procedimiento: el cambio a la nueva relación consumidor- suministrador. Y en tercer lugar como ya se ha argumentado la denegación redundante en perjuicio de los consumidores, al impedirles acceder a las mejores condiciones de contratación que recientemente habían obtenido del

suministrador del que pretendían obtener el servicio de suministro de gas natural. En definitiva, el acceso efectivo de los comercializadores al mercado se ha visto obstaculizado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante en el sentido del apartado 19 de las Orientaciones antes citadas, de forma que ha impedido la competencia efectiva afectando lesivamente al bienestar del consumidores .

Por lo que respecta al contenido del §.82, no concurre en este caso circunstancia alguna que pueda ser interpretada como que el cambio de suministrador puede generar desincentivos a la inversión e innovación en el mercado ascendente de la distribución, ni en el resto de mercados ascendentes que configuran el sector del gas natural.

Por todo lo fundamentado anteriormente, y teniendo en cuenta el contexto de introducción de competencia que perseguía la regulación en vigor, y la clara voluntad manifestada por los reguladores de que dicha introducción de competencia fuese finalmente un hecho en la comercialización de gas natural, las sucesivas negativas que GND ha protagonizado, según consta acreditado en este expediente, no pueden ser valoradas por este Consejo más que como una conducta de naturaleza claramente anticompetitiva por abusiva por parte de GND. Y por ello este Consejo está de acuerdo con la valoración y fundamentos de la Dirección de Investigación, considerando que las denegaciones de cambio de suministrador protagonizadas por GND desde julio de 2007 hasta al menos mayo de 2009, suponen una infracción al artículo 2 de la LDC y al artículo 102 del TFUE, y que los abusos de posición de dominio operados desde la distribuidora tienen efectos en el mercado conexo de la comercialización de gas en el mercado liberalizado.

Sobre la segunda imputación de abuso de posición de dominio de GND

La Dirección de Investigación entiende que la carta enviada por GND con fecha 5 de marzo de 2010 a IBERDROLA constituye una infracción del artículo 2 LDC por amenazar a IBERDROLA con anular las solicitudes que previamente habían sido aceptadas pero que no habían sido acompañadas de ninguna documentación ni grabación telefónica.

Está acreditado en el expediente que GND envió una carta a IBERDROLA en la que le comunican que tras la entrada en vigor del RD 104/2010, de 5 de febrero, entendía que las empresas distribuidoras de GAS NATURAL debían atender las solicitudes de cambio de suministrador siempre que las mismas fuesen acompañadas en soporte electrónico de la documentación o grabación telefónica que acreditase que contaban con la voluntad inequívoca del cliente para solicitar el cambio. Rogaban que a partir de ese momento todas las solicitudes fuesen acompañadas de la citada documentación o grabación en soporte físico, para evitar los rechazos que tendrían que efectuar en caso de faltar dicha documentación. Y por último les decían que si en el plazo de cinco días no procedían a enviar la documentación correspondiente a las solicitudes que con anterioridad habían sido admitidas, a pesar de no contar con documentación alguna ni grabación telefónica, procederían a anular todas las solicitudes aceptadas.

En respuesta a esta carta, consta acreditado en el expediente que IBERDROLA les respondió el 18 de marzo de 2010, con copia a la Dirección de Investigación, en la que entre otras consideraciones, les comunicaban que sí disponían de la información que se les requería y que les adjuntaban las conformidades en DVD correspondientes a unas 6.500 solicitudes, posponiendo el resto a un envío posterior dado que correspondían a grabaciones telefónicas y debían proceder a su extracción.

La Dirección de Investigación entiende que las solicitudes que GND amenaza con anular han superado el plazo de los seis días que la norma marca para que el distribuidor informe sobre las posibles deficiencias de que adolezcan las solicitudes, y que pasado dicho trámite el cambio de suministrador será efectivo coincidiendo con el ciclo de facturación del cliente en cuestión. Puesto que el proceso habría finalizado, la anulación mencionada solo podría entenderse como un nuevo cambio de suministrador llevado a cabo no por el consumidor, o a instancia suya, sino por iniciativa propia del distribuidor.

La CNE en su informe ya citado considera que el PCH apunta correctamente que no está claro cómo puede anularse una solicitud de cambio de suministrador, y añade que la amenaza de anulación, que finalmente no se materializó, fue una conducta difícilmente justificable sobre bases objetivas y razonables, y que aunque se apreciara una finalidad anti-competitiva de dicha amenaza, la misma sería en todo caso poco creíble, dado que los procedimientos operativos actualmente implementados en el sector gasista no prevén que los distribuidores puedan realizar la anulación de una solicitud de cambio de suministrador.

GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, como en las anteriores conductas, no ha presentado alegación concreta alguna que pueda ser valorada y contestada por este Consejo y que contribuya a la formación de su juicio sobre la imputación.

El Consejo aprecia que al margen de que la amenaza no fuese llevado a cabo porque IBERDROLA habría aportado la información requerida por GND, tal y como revela el propio PCH y luego el informe de la CNE, no parece factible que dicha amenaza pudiese llevarse a cabo, por lo que no puede apreciarse en dicha amenaza concreta y específica sobre un conjunto de solicitudes ya concluidas, aptitud para producir un cierre del mercado de la comercialización del gas natural. Consecuentemente, a pesar de lo reprobable que pueda ser la conducta de GND con el envío de dichas cartas desde la óptica de las correctas y respetuosas comunicaciones deseables entre empresas competidoras, el Consejo considera que no ha quedado acreditada una infracción del artículo 2 de la LDC por las amenazas contenidas en la carta de anular los cambios de suministrador ya realizados.

No entiende este Consejo el razonamiento lógico que ha podido llevar a GND a realizar una amenaza que no solo no resulta creíble, pues a todas luces parece de imposible ejecución, sino que además sucede en un momento en que su autor está siendo investigado por prácticas anticompetitivas de naturaleza similar a la contenidas en la carta, y terminar, como así ha sido, con una imputación adicional. Tal comportamiento pudiera tener explicación en que la intencionalidad de la carta

fuese la de servir de coartada a la justificación de las reiteradas negativas de cambio de suministrador que le han hecho merecedora de una imputación por abuso de posición de dominio. La carta expone claramente que según su criterio es el nuevo RD 104/2010 de 5 de febrero el que modifica el artículo 44 del RD 1434/2002, y que a partir de ese momento la grabación telefónica que acredite la voluntad inequívoca del cliente con el cambio debe ser aportada junto con la solicitud de cambio. El Consejo ya ha argumentado anteriormente contra esta interpretación de GND.

QUINTO. La infracción del artículo 3 de la LDC

La Dirección de Investigación comienza por señalar que la declaración de infracción del artículo 3 de la LDC requiere que el acto de competencia desleal analizado provoque el falseamiento de la libre competencia afectando el interés público.

Actos desleales

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre) tipifica entre otros actos de competencia desleal los actos de engaño, artículo 5; los actos de denigración, artículo 9; y los actos de comparación, artículo 10. Así el artículo 5 considera desleal por engañosa “cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos; el artículo 9 considera desleal “la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. [...]”; y el artículo 10 permite “La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor” cuando la comparación se realice “de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio”.

La Dirección de Investigación entiende que cuando la carta dice “agentes comerciales no pertenecientes a GAS NATURAL”, “comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas” que “ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas”, se está refiriendo a visitas efectuadas por agentes pertenecientes a compañías energéticas de la competencia, que han optado por realizar campañas de captación de nuevos clientes mediante visitas domiciliarias. Es decir, estaría haciendo una clara alusión a un competidor, con el que establece comparación consigo misma al decir que “Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por GAS NATURAL.”, y que “Por este motivo, y con el único objetivo de que pueda seguir disfrutando de las máximas garantías de servicio, confort y tranquilidad a los que usted y su familia están

acostumbrados por ser clientes de GAS NATURAL,[...]”. Sin que la comparación parezca derivarse de hechos objetivos y verificables, como regula el artículo 10. Otros términos de la carta empleados por GAS NATURAL COMERCIAL para referirse a estas campañas, como son “cierto malestar”, “visita inesperada”, “inconvenientes que puedan causarle”, “condiciones aparentemente más ventajosas” llevan aparejadas un connotación negativa de cierta descalificación de las actuaciones de sus competidores a la hora de poner en práctica sus estrategias comerciales, que pueden ser aptas para menoscabar el crédito de estas compañías competidoras ante los consumidores, como tipifica el artículo 9. Y por último teniendo en cuenta el artículo 5 se puede valorar que no son totalmente veraces las afirmaciones contenidas en la carta cuando tratando de mermar la credibilidad de sus competidores niegan categóricamente lo afirmado por estas al decir “es GAS NATURAL quien sigue responsabilizándose del servicio”, añadiendo que “Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por GAS NATURAL.”, pues el artículo 10 del RD 1434/2002 regula que la empresa distribuidora, en este caso GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, empresa del grupo, tiene la obligación de “operar y mantener sus redes de distribución” y de proceder “a la lectura de los contadores de todos los consumidores conectados a sus instalaciones”, con independencia de quién sea la compañía suministradora de gas. Por tanto, es cierto que GAS NATURAL, a través de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, o cualquier otra distribuidora del grupo, sigue responsabilizándose del servicio, en lo que a sus obligaciones como distribuidora se refiere, resultando engañosa o, al menos, confusa cualquier información en contra.

En su descargo GAS NATURAL COMERCIAL alega que dichas cartas tenían por objeto advertir a sus clientes de ciertas prácticas de engaño que se estaban desarrollando en el ámbito del cambio del suministrador y que le habían sido denunciados por los propios clientes afectados, habiendo aportado al expediente copias de las quejas, denuncias y reclamaciones presentadas por sus clientes a este respecto.

La Dirección de Investigación, analizadas las cartas de denuncia aportadas al expediente observa que las fechas de dichas cartas son mayoritariamente del año 2008 y alguna de comienzos de 2009, mientras que la campaña de los cinco millones de cartas enviadas a los clientes de GAS NATURAL como grupo, comienzan a enviarse, según declara la propia GAS NATURAL a partir del 15 de mayo de 2009. Esto le lleva a la Dirección de Investigación a poner en duda la causalidad entre ambos sucesos. Además, de señalar que en caso de que otros competidores estuviesen actuando anticompetitivamente habría sido pertinente denunciar esos hechos ante los organismos oportunos y, que en “el caso de que GAS NATURAL entendiese que la situación requería una comunicación a sus clientes, el objetivo perseguido podría haberse conseguido igualmente redactando la carta en términos objetivos, que en ningún caso amenazaran con afectar a la imagen y credibilidad de las empresas competidoras”.

Por todo ello, la Dirección de Investigación valora que la carta enviada “apela al temor de los clientes a ser engañados con ocasión de la apertura del mercado y transmite un mensaje claramente peyorativo en relación con la facilidad de cambio de suministrador de gas lograda con liberalización del mercado”. Al hacer hincapié en los peligros que implicaría cambiar a otra compañía suministradora diferente a GAS NATURAL, se estaría influyendo indebidamente sobre los consumidores ya que se les estaría transmitiendo una información engañosa -que la facilidad de cambiar de suministrador de gas es peligrosa-, al mismo tiempo que se estaría desvirtuando la liberalización de este sector y las ventajas perseguidas con la misma. Por ello, se ha podido afectar al comportamiento económico de los consumidores receptores de la comunicación. Y consecuentemente concluye que: “la actuación de GAS NATURAL COMERCIAL consistente en la realización de una campaña informativa a sus clientes, en la que les alerta contra las campañas comerciales llevadas a cabo por agentes de otras compañías de la competencia, supone un falseamiento de la libre competencia que afecta gravemente al interés público, al obstaculizar la liberalización efectiva de la actividad de suministro de gas en un momento competencial especialmente relevante en el proceso de liberalización de la actividad gasista en España, y constituye, por tanto, una infracción del artículo 3 de la LDC”.

El ya citado informe de la CNE en relación al artículo 12.5.d) LDC se alinea con la valoración de la Dirección de Investigación contenida en el PCH en el sentido de que la carta contiene expresiones y términos que parecen orientados a descalificar y denigrar a otros comercializadores; contiene una comparación implícita se habría incurrido en una omisión engañosa tipificada en el artículo 7, o en un acto de engaño tipificado en el artículo 5, al ocultar que en efecto la distribuidora de GAS NATURAL sigue manteniendo sus obligaciones como distribuidora, independientemente de quien sea el comercializador que abastece los puntos de suministro que cuelgan de su red. Por todo ello concluye que el carácter masivo de la campaña realizada por GAS NATURAL COMERCIAL, al generar desconfianza y confusión sobre el proceso de liberalización en el segmento de mercado de consumidores doméstico comerciales, pudo tener un impacto negativo sobre el mismo, afectando por tanto al interés público.

Y respecto a las alegaciones presentadas por GAS NATURAL COMERCIAL en su descargo, y la referencia que la Dirección de Investigación hace sobre la pertinente denuncia que habría de haber puesto GAS NATURAL COMERCIAL ante los organismos competentes, la CNE informa que en efecto dicha denuncia tuvo lugar. El 2 de abril de 2008 GAS NATURAL denunció presuntas malas prácticas contrarias a la competencia por parte de Endesa, prácticas que habían sido puestas en su conocimiento a través de más de sesenta reclamaciones recibidas en un mes. El Consejo de la CNE inició un expediente informativo requiriendo cierta información a la denunciada y a la denunciante. Poco después el expediente fue archivado por las declaraciones verbales del denunciante en el sentido de que la situación con ENDESA se había resuelto satisfactoriamente.

El Consejo comparte en líneas generales las referidas valoraciones de la Dirección de Investigación y la CNE sobre el contenido desleal y los efectos sobre la competencia de la conducta de GAS NATURAL COMERCIAL. El contenido de la carta contiene elementos que, a primera vista, podrían hacer encajar la conducta realizada dentro de los ilícitos de engaño o de comparación desleal. No obstante, el Consejo considera que al tiempo de realizar ese juicio de deslealtad más que el examen aislado, una a una, de las distintas frases o afirmaciones que contiene la carta lo que resulta procedente es un análisis de conjunto o global de todas ellas, del que resulta -como ha resaltado la Dirección de Investigación y la CNE- que su propósito es descalificar y denigrar a los competidores en general apelando a los riesgos –entre otros- de engaño, falta de garantía, tranquilidad, confort y atención al cliente que puede comportar el cambio de suministrador de un servicio básico como el gas. Por ello, porque en ese examen del conjunto de las manifestaciones realizadas predominan los elementos de denigración de la actividad del competidor sobre los de engaño y comparación, el Consejo entiende que esta conducta debe ser calificada como un acto de denigración ilícito en la medida en que la referida carta de GAS NATURAL COMERCIAL contiene afirmaciones o juicios que, sin ser exactos y verdaderos, observados en su conjunto, resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas.

La mejor doctrina mercantilista afirma que la denigración es un comportamiento de deslealtad frente al competidor en tanto que obstaculiza o dificulta el ejercicio de la actividad económica de un tercero mediante el menoscabo de su reputación o de su ventaja competitiva, pero sobre todo es un acto de deslealtad competitiva frente a los consumidores porque está dirigida a eliminar o distorsionar la libertad y racionalidad de sus decisiones de mercado y, por ello, en último término son conductas aptas para distorsionar el normal juego de la competencia económica. En este sentido, se destaca que el bien jurídico protegido a través de la tipificación de los actos de denigración no es la reputación o crédito del competidor en el mercado como el proceso competitivo, en la medida en reprimiendo los actos de denigración del competidor se está garantizando la correcta y racional formación del proceso de tomad de decisiones de mercado por parte de los consumidores. Por ello, porque el bien jurídico protegido es la competencia económica, al analizar el carácter desleal de las manifestaciones de un agente económico realizadas en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2 de la LCD) es preciso tener en cuenta el contexto jurídico y económico en el que realizan, que en este caso es el de la conducta del antiguo incumbente de un mercado en proceso de liberalización efectiva.

Afirmada la deslealtad competitiva del contenido de la carta, la existencia de una infracción del art. 3 de la LDC requiere aún la afectación al interés público por falsear la libre competencia. En este sentido cabe destacar que a través de la carta, el GRUPO GAS NATURAL (en la carta no se especifica qué empresa del grupo es la que la remite) se infunden dudas no solo sobre la integridad de un concreto competidor, sino sobre todos ellos, de manera que por exclusión se induce a confiar exclusivamente en el Grupo empresarial al que pertenece el emisor de la carta,

siendo precisamente dicho grupo el que al ser el incumbente en este mercado, es el que goza de una popularidad o conocimiento previo del que los demás carecen y contra el que deben competir. El alcance de la carta abarca así a la totalidad de los oferentes que están intentando entrar en un mercado donde deben competir con la fuerza de la única empresa consolidada en este mercado, empresa que goza del prestigio y la confianza que le otorga el haber sido durante mucho tiempo la única marca comercial presente en el mercado por haber sido un servicio prestado en régimen de monopolio. En este sentido, resulta relevante remarcar que la carta utiliza el conocido anagrama del grupo GAS NATURAL y el remitente se identifica como GAS NATURAL, siendo sólo que a requerimiento de la Dirección de Investigación se afirma que su autor fue la comercializadora del grupo GAS NATURAL.

En definitiva, en la medida en que la carta va encaminada a generar dudas sobre las bondades del cambio de suministrador, elemento clave para introducir competencia en el mercado de la comercialización de gas natural, y sobre el que han girado los principales esfuerzos del regulador en los últimos años, está afectando al interés público en la liberalización de un servicio básico para una gran parte de la población española, que por las circunstancias precedentes y por el carácter masivo de las cartas remitidas se puede afirmar que se trata de una conducta de competencia desleal objetivamente apta para falsear o distorsionar gravemente la libre competencia. En suma, el Consejo concluye que la carta, por quien la remite (el antiguo incumbente); por su contenido desleal (afecta por el lado de la oferta a todos los competidores presentes y futuros), por su millonario alcance (más de cinco millones de clientes); por sus destinatarios (consumidores de tarifa T1 y T2; esto es, la práctica totalidad de los consumidores domésticos y pymes, una importante parte de la demanda) constituye una conducta de las tipificadas en el artículo 3 de la LDC.

Efectos

Toda la información elaborada por la CNE disponible a través de su página web permite observar que desde el momento en que los consumidores tienen la posibilidad de acceder a otros suministradores que entran en el mercado tras la liberalización de este sector, el Grupo gas natural ha estado perdiendo clientes a favor de esos nuevos operadores presentes en el mercado. Partiendo de una cuota del 100 % procedente del monopolio regulado existente en este mercado, su número de clientes se ha ido reduciendo paulatinamente, y más aún el volumen de gas natural suministrado, ya que los grandes clientes fueron los primeros en salir al mercado libre, y son los que mayor volumen de consumo representan.

Sin embargo, analizando los datos mensuales en número de consumidores del grupo GAS NATURAL que constan en los informes trimestrales publicados por la CNE en su labor de supervisión de los mercados minoristas de gas natural se puede observar como esa tendencia de reducción mes a mes del número de clientes tuvo un cambio muy significativo en el mes de julio de 2009, es decir, dos meses después de empezar GAS NATURAL con su campaña masiva a sus cinco millones de clientes de las tarifas T1 y T2, el grupo GAS NATURAL no solo no perdió clientes

ese mes, sino que , según la información pública a la que nos referimos, habría ganado más de cien mil clientes. Dada la coincidencia de estos hechos, este Consejo no puede por menos que concluir que entre ambos hechos bien puede existir una relación de causalidad. Estos datos, que aparecen descritos en el FD sexto, han sido tenidos en cuenta para constar la existencia de efectos de la conducta.

SEXTO. El cálculo de la sanción

Como ya se ha señalado GAS NATURAL no ha ofrecido ninguna explicación sobre su desaprobación de la PR, más allá de que acusar de falta de rigor a la hora de la sanción por pretender sancionar a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN por acciones que *“habrían afectado a un mercado recientemente liberalizado, siendo que éste sería el mercado de la comercialización y nunca el de la distribución, que constituye un monopolio natural según la reiterada doctrina sentada por la propia CNC.”*

La Dirección de Investigación ha valorado las conductas denunciadas e investigadas como infracciones autónomas cuyos responsables directos son dos de las empresas filiales del grupo matriz, GAS NATURAL DISTRIBUCION y GAS NATURAL COMERCIAL, y no como una única infracción de la que habría sido responsable la empresa matriz, GAS NATURAL SDG. Dicha imputación se basa en que las denegaciones de las solicitudes de cambio de suministro fueron comunicadas a IBERDROLA por cartas firmadas por GAS NATURAL DISTRIBUCION, y que GAS NATURAL SDG, al requerimiento de información de la Dirección de Investigación para que identificase al responsable del envío de los cinco millones de cartas, dado que la lectura de las mismas no permite esa identificación, pues solo aparece el logo de GAS NATURAL, identificó a GAS NATURAL COMERCIAL como el autor de dicho envío.

Ello no obsta para que la Dirección de Investigación, en el PCH, valore que *“Debe tenerse en cuenta que la actuación de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN es susceptible de provocar un daño a todos los comercializadores que operan en dicho mercado, en su intento de captación de clientes, por lo que la actuación de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN podría, en definitiva, haber frenado el proceso de liberalización diseñado por el regulador, al haber dificultado el paso de clientes desde el mercado regulado al mercado libre y estar dificultando, desde el 1 de julio de 2008, tanto el cambio de clientes que no quieran mantenerse en la tarifa de último recurso (TUR) de gas, como de clientes que simplemente quieran cambiar de comercializadora; en definitiva, impidiendo la pérdida de clientes por parte del Grupo GAS NATURAL en favor de otras comercializadoras, en un momento competencial especialmente relevante en el proceso de liberalización de la actividad gasista en España”.*

El Consejo valora que las conductas analizadas en este expediente, si bien han sido formalmente ejecutadas por GAS NATURAL DISTRIBUCION y GAS NATURAL COMERCIAL respectivamente, tienen todas ellas el mismo objeto anticompetitivo, obstaculizar la entrada de competidores en el mercado de la comercialización de gas

natural. En ese sentido serían todas ellas instrumentos al mismo fin, aunque la separación jurídica impuesta por la legislación sectorial pueda inducir a que unos instrumentos los desarrolle la distribuidora (GND, porque sólo ella puede dar respuesta a las solicitudes de cambios de suministros), y otras los desarrolle la comercializadora, en este caso GNC. Es razonable suponer que desde el punto de vista económico la función objetivo del grupo GAS NATURAL SDG sea la maximización conjunta del beneficio empresarial como grupo, y por tanto, independientemente de las imputaciones formales de infracción del art.2 LDC y 102 TFUE de GAS NATURAL DISTRIBUCION y de infracción del art.3 LDC de GAS NATURAL COMERCIAL, el Consejo comparte la valoración de efectos realizadas por la Dirección de Investigación en el sentido de que ambas conductas manifiestan sus efectos en el mercado de la comercialización de gas natural en el mercado liberalizado, dificultando la captación de sus clientes (ya sean de GND durante la existencia del mercado regulado, de GNCUR tras la desaparición del mercado regulado, o de GNC en el mercado liberalizado) por parte de otras comercializadoras competidoras presentes en el mercado.

Y habiendo valorado las imputaciones realizadas en la Propuesta de Resolución que la Dirección de Investigación ha elevado a este Consejo, junto a las alegaciones realizadas por cada uno de los imputados en esta resolución, el Consejo considera acreditado que las imputadas han infringido el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, y el artículo 3 de la LDC, y que son, por ello, merecedoras de una sanción pecuniaria.

En el presente fundamento de derecho se establece el nivel de dichas sanciones. La Ley 15/2007 regula, en sus artículos 61 a 64, los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora establecer la cuantía de la sanción, mientras que el artículo 62 tipifica y ordena las infracciones. También deben ser observados los criterios dictados por el Tribunal Supremo, quien en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho. Por todo ello, la CNC elaboró en febrero de 2009 la denominada “Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del tratado de la Comunidad Europea”, con el objeto de servir de instrumento objetivo y transparente a la labor sancionadora e la CNC, contribuyendo a que las sanciones impuestas por la CNC cumplan con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas.

Cálculo de la sanción por la conducta infractora del artículo 2 LDC y 102 TFUE

En aras a establecer ese nivel de las sanciones, la Dirección de Investigación, en su PR presenta su valoración de los criterios a tener en cuenta. Señala que en el caso de GAS NATURAL Distribución, tratándose de una *infracción muy grave* se podría llegar a imponer la sanción prevista en el artículo 63.1.c LDC, tal y como regula el artículo 62.4.a. LDC. Esto implica un tope máximo de la sanción del 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

Considera que el mercado afectado por la conducta de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN es el mercado de suministro minorista de gas natural, mercado conexo al de distribución. El GRUPO GAS NATURAL FENOSA contaba en diciembre de 2009 con 5.954.287 puntos de suministro en sus redes, lo que equivale al 84.3% del total nacional.

Con respecto a la *duración*, la Dirección de Investigación considera que las denegaciones de cambio de suministrador acompañadas de grabaciones sonoras comenzaron en julio de 2007 y se repitieron al menos en octubre de 2007 y en mayo de 2009. Entiende que durante todo el periodo que abarcan estas manifestaciones de la conducta se mantuvo la política de GND de rechazo de ese tipo de solicitudes. El Consejo considera acreditado que la primera manifestación de la conducta abusiva sancionada en este expediente se produjo en julio de 2007, que posteriormente hay constancia de otras dos manifestaciones más de denegaciones, que GND no solo no ha refutado estos hechos sino que no ha acreditado que interrumpiera en alguna momento dicha conducta, más aún, ha alegado que sus denegaciones estaban fundadas en su particular interpretación de la normativa en vigor. Por lo tanto, el Consejo debe concluir que GND mantuvo activa esa política durante la segunda mitad del año 2007, todo el año 2008, y parte del año 2009. Con respecto a la finalización de la conducta, la DI la establece en mayo de 2009, basándose en que es el momento en el que tiene constancia de la última denegación denunciada por IBERDROLA. Sin embargo, (i) tratándose de una conducta que respondía a una política defendida por GND, no consta en el expediente ningún hecho entre mayo de 2009 y diciembre de 2009 que hubiese podido llevar a GND a un cambio en su política de denegar este tipo de solicitudes, hasta la incoación del presente expediente sancionador (ii) IBERDROLA admite que desde diciembre de 2009 GND estaba aceptando los cambios de suministrador sin que ni siquiera se presentara ningún tipo de documento sobre la conformidad del cliente, (iii) en diciembre se produce la incoación del expediente sancionador, lo que implica que las autoridades de competencia valoran las denegaciones como indicios de infracción. Sin embargo, dado que la propuesta de resolución elevada a este Consejo establece la duración de la infracción desde julio de 2007 hasta mayo de 2009, debe ser éste el periodo que el Consejo debe tener en cuenta para declarar la duración de la infracción y para realizar el cálculo de la sanción.

Con respecto a los *efectos*, la Dirección de Investigación estima que la conducta pudo suponer el abandono de IBERDROLA del uso del canal telefónico como medio de desarrollar su política comercial, debiendo recurrir al método de recabar por escrito la conformidad verbal del cliente, lo que incrementó sus costes y le ocasionó una importante pérdida de clientes, que la propia IBERDROLA sitúa entre los

62.700 y los 297.317. De igual manera resultaron afectados los consumidores, pues esta conducta limitó sus posibilidades de elección.

La conducta le habría reportado al grupo empresarial al que pertenece GND un *beneficio ilícito* derivado de frenar la tasa de pérdida de clientes que de hecho se estaba produciendo desde el comienzo del proceso de liberalización, como la CNE viene reflejando en sus informes de supervisión del mercado minorista de gas natural. En el mismo sentido se pronuncia la CNE, en su informe de 23 de junio de 2010, cuando señala que *“La motivación de esta conducta estaría relacionada con el elevado grado de integración vertical del grupo GAS NATURAL, entre actividades de distribución y suministro, y con la concentración de la casi totalidad de los clientes en baja presión de GAS NATURAL en las zonas geográficas de sus redes de distribución [...] En esta situación se entendería que GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN pudiera tener un incentivo a impedir, mediante el rechazo de solicitudes de otros competidores, que los clientes abandonaran la comercializadora de su mismo grupo empresarial.”*

Por el contrario GND alega que la determinación de los efectos sobre el mercado se ha realizado prescindiendo del más mínimo rigor, al no haberse medido, ni siquiera considerado el efecto que se ha producido sobre el mercado desde el momento que, tras la entrada en vigor del Real Decreto 114/2010, las empresas distribuidoras de gas han admitido por primera vez el cambio de suministrador por teléfono” y que “la determinación del importe de la sanción carece asimismo del más mínimo rigor, al imputar a una empresa distribuidora acciones que habrían afectado a un mercado recientemente liberalizado, siendo que éste sería el mercado de la comercialización y nunca el de la distribución, que constituye un monopolio natural según la reiterada doctrina sentada por la propia CNC”. Con respecto a la segunda alegación ha quedado ya ampliamente fundamentado que estamos ante la presencia de mercados conexos, y que la conducta desarrollada por GND tiene su principal efecto en el mercado del suministro minorista de gas natural. En cuanto a la primera el cálculo de la sanción que a continuación se desarrolla se ha basado precisamente en una estimación de cual habría sido el *volumen de facturación del mercado afectado*, basándose en el número de consumidores realmente afectado por la infracción.

Para ello partimos del dato presentado por IBERDROLA en su denuncia, que sitúa en 399 las solicitudes denegadas en julio de 2007. No existen datos oficiales sobre cual podía ser la efectividad en los años 2007 a 2009 del canal telefónico como forma de captación de clientes, y ciertamente no se conoce si estas 399 solicitudes son las que corresponden a la captación de clientes por vía telefónica durante una semana, un mes o cualquier otro periodo. Los datos conocidos por este Consejo sobre paso del mercado regulado al mercado libre proceden de los informes de la CNE, y no están desagregados al nivel de detalle de captación telefónica o de otros medios.

Para su estimación el Consejo ha optado por suponer que esos 399 clientes son los que correspondería a un periodo mensual. Ha tenido en cuenta que el mercado libre

crecía a una tasa media de un 14% anual, y ha consultado los datos medios del consumo doméstico anual y de precios pagados por el consumidor doméstico publicados por la CNE, actualizándolos según IPC de energía según el caso. El resultado de esta estimación es el siguiente:

Estimación del volumen de facturación afectado				
Cientes estimados captados en:		2007	2008	2009
Jul-DC 2007	2400	551.714	1.177.570	529.907
En-Dc 2008	5472		2.684.860	1.208.187
En-My 2009	2622			578.923
Total	10494	551.714	3.862.430	2.317.016
Consumo medio MWh/Ciente (2007-2009)		8,95	9,12	8,55
Precio medio €/MWh (2007-2009)		51,37	53,80	61,98
Volumen mercado afectado		551.714	3.862.430	2.317.016

Y aplicando la metodología propuesta en la citada comunicación de sanciones, y considerado proporcionado a la infracción la aplicación de un porcentaje del 10% correspondería aplicar una sanción de 620.000 €.

Se trata de una sanción estimada sobre un escenario ciertamente conservador, en el que no se incluyó ninguna estimación del potencial de crecimiento que el canal de captación de clientes por vía telefónica podría haber supuesto, no solo para IBERDROLA sino también para el resto de comercializadores que competían con el GRUPO GAS NATURAL. De hecho IBERDROLA, como antes se ha expuesto, hace una valoración de pérdida de clientes de entre 62.200 y 297.317, muy superior a la cifra empleada por este Consejo de 10.494 mostrada en el cuadro anterior.

Cálculo de la sanción por la conducta infractora del artículo 3 LDC

En la PR la Dirección de Investigación recuerda que la infracción llevada a cabo por GAS NATURAL COMERCIAL es, de acuerdo con el artículo 62.3 de la LDC, una **infracción grave** al tratarse de falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Atendiendo al artículo 63 de la LDC, esta infracción podrá suponer una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

El mercado afectado por esta conducta es el mercado de suministro minorista de gas natural, en el que la cuota de mercado del grupo GAS NATURAL FENOSA en diciembre de 2009 fue del 37,38%, en términos de energía, y del 72,17%, por número de clientes, ocupando el primer lugar.

Con respecto al alcance de la infracción es importante recordar que la carta fue recibida por unos cinco millones de consumidores, y que la campaña estuvo activa desde el 15 de mayo de 2009 hasta el 15 de septiembre de 2009.

El resultado esperado de esta conducta es que un determinado número de consumidores se vieron incentivados, tras la recepción de la carta, a permanecer con el suministro de las empresas del grupo gas natural. Esa es la conclusión de la DI, y también de la CNE, en cuyo informe de 23 de junio de 2010 dice que *“pudo generar confusión y desconfianza sobre la actividad de otros comercializadores y, por tanto, sobre el mismo proceso de liberalización.”*

Y el beneficiario último de esta conducta es, al igual que en el caso de las conductas llevadas a cabo por GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, el grupo GAS NATURAL FENOSA por cuanto con esta conducta consigue reforzar la posición del grupo en el mercado de suministro minorista de gas natural, evitando la pérdida de clientes a favor de otros comercializadores.

GNC alega que la PR adolece de la misma falta de rigor a la hora de determinar los efectos del envío de los cinco millones de cartas, porque no se ha “utilizado ningún parámetro objetivo para medir el eventual impacto (...), ni se explicita por qué se ha considerado que el mercado en que opera GAS NATURAL COMERCIAL sea el mercado de comercialización de gas natural”. De nuevo considera el Consejo que la segunda de las alegaciones ha sido ya ampliamente contestada a lo largo de la presente resolución.

Disponemos de las cifras sobre la evolución del mercado liberalizado extraídas de los informes de la CNE, en las que cabe observar no solo el total del mercado liberalizado sino también cuántos de esos consumidores representaban el tipo de consumidores potencialmente afectados, en este caso los domésticos o grupo 3. Las columnas 2 y 4 representan cifras acumuladas anualmente, mientras que la columna 6 representa los nuevos clientes que cada año pasaban del mercado regulado al mercado libre, lo que puede considerarse como el conjunto de clientes con mayor disposición al cambio y sobre los cuales una conducta como la de GNC podría desincentivar su salida del mercado regulado al libre hasta 2008, y de cambio de suministrador a partir del 2008.

EVOLUCION MERCADO LIBERALIZADO (Clientes)					
	TOTAL	%	grupo 3	%	Grupo 3 [t-(t-1)]
2003	77.779				
2004	1.218.784	1.466,98	1.214.089		
2005	2.096.408	72,01	2.091.687	72,28	877.598
2006	2.368.586	12,98	2.364.391	13,04	272.704
2007	2.701.530	14,06	2.696.469	14,04	332.078
2008	6.838.534	153,14	6.833.586	153,43	4.137.117

Fuente: Informes de supervisión del mercado minorista de gas natural en España. Trimestrales Diciembre.
CNE

Entre 2003 y 2004 salieron al mercado libre los grandes consumidores, mientras que a partir de entonces los protagonistas del abandono del mercado regulado fueron los clientes domésticos representados por el grupo 3 de consumo. Tras el efecto de 2005, en el que salieron al mercado los clientes con una mayor propensión al mercado libre, los años siguientes esta tasa se situó en torno al 13/14%. En 2008 desaparece por ley el mercado regulado y todos los consumidores pasaron el 1 de julio de 2008 a ser formalmente clientes del mercado libre, de ahí el salto de la serie ese año.

Ahora bien, una parte importante de los clientes que cada año pasaban del mercado regulado al mercado libre no necesariamente abandonaban el grupo empresarial del que eran ya clientes, sino que pasaban al mercado libre pero como clientes del comercializador del grupo empresarial al que pertenecía su antiguo distribuidor. No debe ignorarse que hay consumidores que muestran una marcada resistencia al cambio, prefiriendo permanecer con un suministrador del grupo al que han estado ligados “toda la vida”. Por ello es importante, en aras a obtener la proporcionalidad buscada en el cálculo de las sanciones, tratar de estimar en que cuantía los consumidores no solo cambiaban de suministrador, sino de grupo empresarial ajeno a su suministrador habitual.. Para esta estimación podemos basarnos en la tendencia de cambio de suministrador que muestran los informes de la CNE, y que se reflejan en el siguiente cuadro:

EVOLUCION MERCADO LIBERALIZADO (# Clientes)			
	PERMANECE EN RED DE DISTRIBUDOR	CAMBIA A SUMINISTRADOR AJENO A SU RED	[t-(t-1)]
2003	71.047	6.732	
2004	1.086.780	170.307	163.575
2005	1.683.756	425.638	255.331
2006	1.806.154	512.925	87.287
2007	1.974.820	654.420	141.495
2008	5.975.553	860.142	205.722

Todo esta información nos permite estimar que los consumidores predispuestos al cambio, los que serían los afectados por esta conducta, habrían supuesto en 2008 aproximadamente el 70% (la cuota del Grupo GAS NATURAL) de los 205.722 que aparecen en el cuadro anterior, es decir, un máximo de 143.500. En ausencia de esta cifra para 2009, podría usarse la de 2008 como una proxy. También son de enorme utilidad los informes de la CNE trimestrales que permiten la observación de otros

datos como son los del cuadro siguiente, en donde aparecen los clientes mensuales del grupo GAS NATURAL desde octubre de 2008 hasta octubre de 2009.

Clientes GN Grupo		
		(Δ%)
oct-08	5.082.944	
nov-08	5.074.418	-0,17
dic-08	5.061.128	-0,26
en-09	5.049.157	-0,24
feb-09	5.047.798	-0,03
mar-09	5.044.275	-0,07
ab-09	5.038.186	-0,12
may-09	5.027.333	-0,22
jun-09	5.009.073	-0,36
jul-09	5.117.591	2,17
sep-09	5.115.512	-0,04
oct-09	5.107.633	-0,15

Fuente: Informes trimestrales de supervisión gas natural en España. CNE

La lectura de este cuadro permiten concluir que el GRUPO GAS NATURAL estaba en una senda de pérdida de clientes, perdiendo mensualmente una media del 0.18 %, y que en junio de 2009 llevaba acumulada una pérdida en los últimos ocho meses del 1.46, y que en el mes de julio se invierte la tendencia y no solo no pierde clientes sino que recupera un 2.17 % respecto a los del mes anterior. En términos absolutos, si el mes de julio los datos se hubiesen comportado con la tendencia de los últimos meses, el grupo gas natural habría perdido un total de otras 9.155 cliente, y sin embargo ganó 108.518 clientes en julio de 2009.

Con esta información, encontramos razonable partir de una cifra de 100.000 clientes para el cálculo de la sanción por esta segunda infracción. Si consideramos el consumo medio de 2009 de un cliente doméstico y el precio de la energía pagado por este consumidor, el volumen del mercado afectado alcanzaría los 53.000.000 euros. Dado que es una infracción grave, el Consejo considera proporcionado para el cálculo de la sanción un porcentaje del 5%, lo cual significa una sanción de 2.650.000 euros.

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

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN ha infringido el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, al denegar entre julio de 2007 y mayo de 2009 solicitudes de cambio de suministrador obstaculizando dicho cambio.

Segundo.- Declarar que GAS NATURAL COMERCIAL ha infringido el artículo 3 de la LDC al realizar entre mayo y septiembre de 2009 una campaña de información a sus clientes, desleal con sus competidores.

Tercero.- Sancionar a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN con una multa de 620.000 EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Primero de esta Resolución.

Cuarto.- Sancionar a GAS NATURAL COMERCIAL con una multa de 2.650.000 EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Segundo de esta Resolución.

Quinto.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que proceda, en su momento, contra la Resolución del Consejo que ponga fin al expediente en la vía administrativa.

