

# INTEGRACIÓN VERTICAL Y COMPETENCIA EN GAS Y ELECTRICIDAD: ¿*QUO VADIS*?

Beatriz DE GUINDOS

Asesora del Presidente de la CNMC

María Jesús MARTÍN

Adscrita a la Dirección de Energía de la CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMAS TRADICIONALES DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL ANALIZADOS EN SEDE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA NORMATIVA ENERGÉTICA: A. La Ley de defensa de la competencia y jurisprudencia: *a)* Normativa nacional y comunitaria aplicable a las conductas anticompetitivas relacionadas con la integración vertical y el desarrollo de la competencia en el mercado minorista. *b)* Actuaciones en materia de la LDC: 1) El rol no neutral del distribuidor perteneciente al grupo verticalmente integrado. 2) La actuación desleal de la comercializadora de referencia del grupo verticalmente integrado. B. Regulación sectorial: *a)* Normativa sectorial: separación de actividades y la protección al consumidor. *b)* Actuaciones de la CNMC en materia de separación de actividades y la protección al consumidor.—III. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE PROPIEDAD VERTICAL DE LA DISTRIBUCIÓN Y EL SUMINISTRO DE GAS Y ELECTRICIDAD.—IV. ACTUACIONES RECIENTES DE LA CNMC EN MATERIA DE INTEGRACIÓN VERTICAL DE GRUPOS: A. El distribuidor perteneciente al mismo grupo integrado verticalmente que la comercializadora libre. B. El comercializador de referencia perteneciente al grupo integrado.—V. NUEVAS OPORTUNIDADES PARA DINAMIZAR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS MINORISTAS DE GAS Y ELECTRICIDAD.

## I. INTRODUCCIÓN

Las actividades de distribución de gas y electricidad tienen características de monopolio natural. Las redes de distribución son infraestructuras esenciales para el suministro de electricidad y de gas natural al consumidor final y de ahí la importancia de garantizar el derecho de acceso de comercializadores y consumidores directos a las redes de distribución, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad.

La legislación sectorial europea y nacional permiten la integración vertical en grupos empresariales que desarrollan actividades reguladas, como la distribución, y libres, como la comercialización. No obstante, a efectos de que la distribución sea independiente de las demás actividades que rea-

licen las sociedades pertenecientes al grupo, se exige el cumplimiento de determinados requisitos.

Con el objetivo de preservar la competencia en los mercados minoristas de electricidad y de gas natural, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) supervisa el funcionamiento de los mercados y las actuaciones de los agentes y, en particular, de los distribuidores, comercializadores de referencia y comercializadores de gas y electricidad pertenecientes a grupos verticalmente integrados.

En el ámbito de sus competencias como Autoridad reguladora nacional de los sectores de electricidad y gas natural<sup>1</sup>, la CNMC supervisa el cumplimiento de la separación de actividades, en sus distintas acepciones jurídica, contable, funcional y de imagen de marca, tal y como establece la Ley 24/2013 del sector Eléctrico (LSE) y la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos (LSH). Asimismo, monitoriza los mercados mayoristas y minoristas, y supervisa el cambio de suministrador, eje fundamental para favorecer la libre elección del consumidor y, en última instancia, dinamizar la competencia en los mercados minoristas de suministro de electricidad y de gas natural al consumidor final.

Por otra parte, la CNMC como Autoridad nacional de competencia, realiza una supervisión de los mercados de electricidad y de gas natural, tanto *ex ante*, autorizando operaciones de concentración económicas, como *ex post* analizando las conductas de los agentes que participan en estos mercados en el ámbito de cumplimiento de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC). La supervisión del comportamiento de los grupos integrados verticalmente y su impacto en la competencia efectiva de los mercados de suministro al consumidor final, pone especial atención en el papel neutral del distribuidor respecto al acceso a sus redes de distribución y mercados conexos y a los datos de los puntos de suministro, demandados por comercializadores que pertenecen al propio grupo integrado y de sus competidores. También supervisa posibles comportamientos desleales de los comercializadores pertenecientes a grupos integrados, que puedan favorecer de forma desleal al comercializador del grupo en detrimento de la competencia del mercado.

El punto de atención del presente artículo es el efecto de la integración vertical entre la distribución, la comercialización de referencia y la comercialización a precio libre, en el desarrollo competitivo de los mercados minoristas de electricidad y de gas natural, particularmente en el suministro a consumidores domésticos. Primero, se resumen los problemas de la integración vertical en un mismo grupo empresarial para la competencia efectiva de los mercados minoristas que han sido analizados tradicionalmente, tanto desde la legislación de competencia como desde la normativa sectorial. Segundo, se analiza la evolución de la estructura de propiedad de

---

<sup>1</sup> El art. 4 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establece que cuando así resulte de la normativa de la Unión Europea o nacional, la CNMC tendrá la consideración de Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural.



dichos grupos empresariales integrados verticalmente y del propio mercado con la entrada y salida de diferentes operadores. Tercero, se pasa revista a las actuaciones iniciadas más recientemente desde la CNMC, teniendo en cuenta un enfoque conjunto de competencia y sectorial (energía) que ofrece el actual diseño institucional, en relación con conductas de distribuidores, comercializadores y comercializadores de referencia derivadas de la integración vertical. Por último, se citan nuevas oportunidades para dinamizar la competencia en los mercados minoristas de gas y de electricidad, derivadas de un marco legislativo nacional e internacional de fomento de la participación de las energías generadas a partir de fuentes renovables en la demanda final y de reducción de emisiones contaminantes, así como cambios tecnológicos que facilitan la gestión eficiente de la demanda y su impacto en ofertas y suministradores.

## II. PROBLEMAS TRADICIONALES DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL ANALIZADOS EN SEDE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA NORMATIVA ENERGÉTICA

### A. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y JURISPRUDENCIA

#### a) *Normativa nacional y comunitaria aplicable a las conductas anticompetitivas relacionadas con la integración vertical y el desarrollo de la competencia en el mercado minorista*

La normativa tanto nacional como comunitaria de defensa de la competencia es de carácter horizontal, aplicándose a todos los sectores de actividad. En el caso de la normativa nacional, recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) solo es posible exceptuar su aplicación de manera expresa y a través de normativa con rango de Ley, como establece el art. 4 de la LDC.

Sin embargo, ni el sector eléctrico ni el del gas natural cumplen este requisito, por lo que la LDC resulta plenamente aplicable a dichos sectores. Es decir, conductas anticompetitivas en los mercados de gas y electricidad en España son susceptibles de analizarse bajo la óptica de los tipos infractores del art. 1 (acuerdos anticompetitivos) y del art. 2 (abuso de posición de dominio) de la LDC y de sus equivalentes en el Derecho comunitario (arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Asimismo, resulta plenamente aplicable a dichos sectores el art. 3 de la LDC que prohíbe conductas desleales que afecten al interés público.

En efecto, el Derecho *antitrust* tiene una larga trayectoria en los mercados de energía en Europa y de hecho se encuentra en el origen de algunas Directivas como las del llamado Tercer Paquete<sup>2</sup> que han configurado los

---

<sup>2</sup> Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE y

marcos regulatorios nacionales de gas y electricidad en los Estados miembros, impulsando un claro proceso de liberalización del sector en beneficio de nuevos entrantes y del consumidor.

Tradicionalmente, las intervenciones de las autoridades de competencia en los mercados de energía se han centrado en sancionar abusos de posiciones dominantes derivadas de la propiedad de activos esenciales, como las redes de transporte y distribución, a las que necesitan acceder los agentes que operan *aguas arriba* (generación de electricidad, aprovisionamiento de gas) y *aguas abajo* (comercialización de gas y electricidad). Es decir, la integración vertical entre actividades reguladas y liberalizadas por parte de algunos grupos empresariales ha sido origen de determinadas conductas abusivas que situaban a unos competidores (no integrados verticalmente) en situación desventajosa frente a aquellos que gozaban de una posición privilegiada en el acceso a dichas redes al ser propietarios de las mismas.

Con el Tercer Paquete de Directivas en 2009 se da un salto cualitativo en el proceso de liberalización de los mercados europeos de gas y electricidad. Se refuerzan las provisiones de separación de la actividad de transporte, se refuerzan los poderes de los reguladores y se impulsa el uso eficiente (con mecanismos de mercado) de las infraestructuras y la construcción de nuevas interconexiones para facilitar la creación del mercado único de la energía. Entre las Comunicaciones interpretativas se incluyen aspectos como la colaboración de los reguladores sectoriales de gas y electricidad con las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) o la supervisión de los precios de oferta para detectar problemas en el funcionamiento competitivo de los mercados.

No es casual que este impulso regulatorio haga tanto énfasis en preservar la competencia en estos mercados, pues vino precedido de una investigación sectorial llevada a cabo por la Dirección de Competencia de la Comisión Europea en el periodo 2005-2007<sup>3</sup>. Este detallado estudio concluyó que los mercados de gas y electricidad en Europa eran ineficientes y costosos por diversos motivos, entre los cuales cabía destacar los altos niveles de concentración; la integración vertical del suministro minorista, la producción y las infraestructuras que provoca un acceso desigual a la infraestructura e insuficiente inversión; la posible colusión entre operadores incumbentes<sup>4</sup>; y las deficiencias generales en el marco normativo. Fue

---

Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

<sup>3</sup> «DG COMPETITION REPORT ON ENERGY SECTOR INQUIRY», de 10 de enero de 2007 ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005\\_inquiry/full\\_report\\_part1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf)).

<sup>4</sup> De hecho, tras la publicación de la investigación sectorial, la Dirección de Competencia de la Comisión Europea llevó a cabo varias inspecciones en las sedes de diversos grupos empresariales europeos de gas y electricidad e inició numerosos procedimientos sancionadores. Concretamente, la Comisión llevó a cabo 12 investigaciones que culminaron en sanciones por infracción de los arts. 101 o 102 del TFUE, y algunos de ellos incluyeron propuestas de compromisos de las empresas investigadas. En cuanto a la tipología de las conductas investigadas, cabe destacar los casos de abuso en infraestructuras esenciales y negativas de acceso (casos contra GDF Suez y ENI por el uso estratégico de infraestructuras bajo una supuesta insuficiencia de capacidad, o el caso contra E.ON por reservas



sobre todo esto último lo que dio lugar a que se gestara la necesidad de elaborar un nuevo paquete de Directivas que llegaría dos años más tarde.

Por tanto, en la actualidad hay una coexistencia entre normativa sectorial y normativa horizontal de competencia nacional y comunitaria que persiguen objetivos similares y refuerzan el papel de supervisión de los reguladores y el papel de las autoridades de competencia en los mercados de gas y electricidad. Esto exige una sólida coordinación entre ambos agentes para asegurar una aplicación eficaz de la normativa y una verdadera liberalización y funcionamiento competitivo de los mercados, reforzándose mutuamente sus actuaciones y contribuyendo de manera conjunta y coordinada a la consecución de estos objetivos.

#### b) *Actuaciones en materia de la LDC*

Bajo la óptica de la LDC se han investigado y sancionado muchos casos clásicos de negativa de acceso a las redes de distribución de gas y electricidad que impiden competir en los mercados *aguas abajo*. Pero lo cierto es que, si se revisa la actividad de la autoridad española, se ha avanzado en otros casos que no son tan habituales, algunos sobre conductas abusivas por negativas de acceso (y/o discriminación) a la información sobre clientes y otros aún más atípicos como es la aplicación del art. 3 de competencia desleal por el acceso privilegiado a los clientes mediante prácticas de carácter desleal para los competidores.

#### 1) El rol no neutral del distribuidor perteneciente al grupo verticalmente integrado

Los distribuidores, como titulares de las instalaciones de distribución de electricidad o de gas natural encargados de transmitir la electricidad o el gas hasta el punto de suministro, juegan un papel esencial en el acceso a las redes por parte de los comercializadores. En la medida en que el distribuidor pertenezca a un grupo verticalmente integrado con presencia en los mercados minoristas de comercialización, tendrá incentivos a negar o dificultar el acceso de los competidores a sus redes e instalaciones. Es por ello que no solo la normativa sectorial sino también la normativa de competencia resulta plenamente de aplicación a situaciones en las que el distribuidor, con posición de dominio en el mercado de distribución a través de la correspondiente concesión administrativa local, abusara de dicha posición al negar o entorpecer el acceso a sus redes de un comercializador de un grupo competidor.

---

de capacidad); abusos en los mercados conexos de suministro derivados de la integración vertical con generación de electricidad o aprovisionamiento de gas (casos contra RWE en gas y CEZ en electricidad); abusos explotativos vía precios excesivos (casos contra RWE por estrechamiento de márgenes y contra E.ON por retirada de capacidad de generación que eleva artificialmente los precios); y discriminación y fragmentación del mercado (casos contra OPCOM en el mercado de generación eléctrica en Rumanía y contra Gazprom de suministro de gas).

Entre los casos típicos de negativa de acceso a las redes de distribución conviene destacar el asunto 638/08 *Gas Natural 2*, por la claridad de la resolución sancionadora y de los pronunciamientos posteriores durante su revisión en sede judicial<sup>5</sup>. La resolución de este asunto por parte del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en 2009 declaró la existencia de una infracción del entonces art. 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por la negativa de acceso a la red de distribución por parte de Gas Natural SDG, S. A. (en adelante, Gas Natural).

Gas Alicante, S. A. U. (en adelante, Gas Alicante), distribuidora de gas dependiente del grupo Endesa, quería acceder a determinados núcleos poblacionales en la provincia de Alicante y para ello tenía que acceder a la red de distribución propiedad de Gas Natural. A raíz de la aprobación de la Ley 34/1998, de 7 de diciembre, del Sector de Hidrocarburos y posteriormente el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, se produjo una reorganización de activos en los mercados de gas en España. Enagas, en su condición de gestor técnico del sistema y transportista principal, se quedó con todos los activos de la red primaria de transporte mientras que la red de distribución quedó diferenciada en dos segmentos: aquel que comprende los gasoductos de 4 o menos bar, que son realmente la red mallada que llega al consumidor final; y la red de gasoductos de cuatro a 16 bar que comprende las llamadas «antenas» de distribución, que permiten conectar la red primaria de transporte con el entorno de los núcleos poblacionales y a estas se conectan a su vez los distribuidores con redes de menos de cuatro bares.

A pesar de la liberalización prevista en dicha normativa, Gas Natural resultaba ser el titular de la mayor parte de las antenas de distribución de 16 bar, que fueron cedidas por su anterior propietario, el transportista Enagas, a raíz de la escisión parcial de activos que tuvo lugar entre Enagas y Gas Natural en 1999. El acceso a dichas antenas resultaba fundamental en determinadas circunstancias (técnicas y económicas) para que los pequeños distribuidores pudieran llegar al consumidor final.

Esta circunstancia se puso de manifiesto en el referido expediente 638/08, concretamente en los municipios de Albatera y Elda en la provincia de Alicante, en los que Gas Alicante, filial de Endesa, quería entrar a suministrar a consumidores domésticos y para ello requería poder conectarse a la red de Gas Natural que unía el municipio con la red primaria de transporte de Enagas.

En el expediente se ventilaba hasta qué punto, de acuerdo con el art. 12 del Real Decreto 1434/2002, Gas Natural tenía capacidad suficiente para dar acceso al gas de Gas Alicante y, además, era técnica y económicamente racional la opción de que se conectara Gas Alicante a la red de Gas Natural y no a la red de Enagas, de conformidad con el marco normativo vigen-

<sup>5</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/vs063808>.



te. Para ello, se solicitó un informe a la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE), que concluyó que para los municipios de Elda y Albufera era técnicamente irracional conectarse a la red de Enagas, pues estaba en ambos casos a más de 3 kilómetros de distancia, existiendo una red (antena) de Gas Natural cercana<sup>6</sup>. Desde el punto de vista económico, el acceso a Enagas para distribuidor en el municipio de Elda suponía para Gas Alicante un coste del 1 millón de euros, que se incrementaba a cinco millones en el caso de Albufera. Se demostró igualmente que la red de Gas Natural tenía capacidad suficiente para vehicular el gas de Gas Alicante hasta ambos municipios, por lo que la negativa de acceso estaba injustificada.

La instrucción y resolución de este expediente sancionador<sup>7</sup> puso de manifiesto una conducta de los citados propietarios de las redes verticalmente integradas, relativa a dificultar el acceso de los competidores, sabiendo que de esta forma limitan la capacidad de estos de competir con sus filiales en mercados *aguas abajo*. En efecto, de acuerdo con la resolución sancionadora que puso fin al procedimiento administrativo, Gas Natural cometió una infracción del art. 6 LDC (actual art. 2) en los municipios de Elda y Albufera, en los que se habría comportado obstaculizando el acceso de Gas Alicante a su red de distribución, retrasando y denegando de forma injustificada la puesta en marcha del punto de entrega solicitado por Gas Alicante para poder iniciar su actividad de distribución en los municipios señalados, generando un perjuicio tanto a los consumidores como a la propia distribuidora.

Pero además del abuso clásico en la literatura *antitrust* de negativa de acceso a las redes, las autoridades españolas han sancionado también en sede del art. 2 de la LDC abusos consistentes en negativas de acceso a otro activo esencial que poseen las distribuidoras bajo el marco normativo español: las bases de datos de clientes que conforman el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). Así en 2009, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el marco de los *Expedientes de Centrica contra las Distribuidoras eléctricas*<sup>8</sup> sancionó a las cinco principales distribuidoras de electricidad por negar a un competidor, Centrica Energía, S. L. U. (en adelante, Centrica), el acceso al SIPS en las condiciones previstas por la normativa<sup>9</sup> e incluso discriminar, en el caso de tres de ellas, a la filial comercializadora del grupo dándole un acceso privilegiado a dichos datos.

---

<sup>6</sup> En su informe, la extinta CNE consideraba que para distancias inferiores a tres kilómetros se considera que la alternativa técnica es «cercana» al punto de conexión requerido, mientras que por encima de esa distancia valoraba la conexión como «alejada», teniendo un coste económico muy superior.

<sup>7</sup> Resolución de 26 de marzo de 2009 del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, confirmada mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2013.

<sup>8</sup> Centrica/Endesa, <https://www.cnm.com.es/expedientes/64108>.

Centrica/Unión Fenosa, <https://www.cnm.com.es/expedientes/64208>.

Centrica/Electra de Viesgo, <https://www.cnm.com.es/expedientes/64308>.

Centrica/Iberdrola, <https://www.cnm.com.es/expedientes/64408>.

Centrica/Hidrocarbónica, <https://www.cnm.com.es/expedientes/64508>.

<sup>9</sup> El art. 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión (modificado

Estos cinco expedientes surgieron en un momento muy relevante, en pleno proceso de liberalización de los mercados de electricidad en España, con la desaparición de las tarifas, la entrada de nuevos comercializadores y con la obligación impuesta a través de dos Reales Decretos (el Real Decreto 1435/2002, posteriormente modificado por el Real Decreto 1454/2005) a los distribuidores de mantener un sistema de información de puntos de suministro (el llamado SIPS), esto es, una base de datos con la información de cada cliente, su referencia (el llamado CUPS), dónde está ubicado ese consumidor, cuál es su perfil de consumo, sus condiciones financieras, etc., es decir, una información comercial muy valiosa para cualquier competidor, real o potencial, en el mercado de suministro minorista. El regulador, consciente de la importancia de esta base de datos, de esta información que los distribuidores disponen de cada uno de los consumidores conectados a su red, consideró que había que crear este registro y dar acceso a todos los comercializadores para que pudieran elaborar ofertas comerciales atractivas y competir por los clientes.

Sin embargo, en su denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia, Centrica puso de manifiesto las numerosas dificultades que estaba encontrando con los cinco grandes distribuidores de los grupos verticalmente integrados a la hora de acceder al SIPS. Centrica entendía que la normativa era procompetitiva y, por tanto, debía producirse un acceso masivo e incondicionado a esa base de datos y, por el contrario, las distribuidoras, amparándose en la Ley orgánica de Protección de Datos de 1999, alegaban la confidencialidad de los datos del consumidor y su prevalencia sobre la obligación de acceso al SIPS impuesta por la normativa sectorial.. El debate judicial<sup>10</sup> en torno a dicha disposición concluyó que lo que perseguía el regulador con esta obligación era promover la competencia entre comercializadores en beneficio del consumidor y, por tanto, lo que preveía expresamente, y así se recogió también en la Ley del sector eléctrico, era que el consumidor pudiera oponerse por escrito a que sus datos fueran cedidos, frente a la interpretación de las distribuidoras de restringir por defecto el acceso.

Esta *saga* de expedientes de Centrica contra las distribuidoras vino a poner de manifiesto el carácter esencial del SIPS para la liberalización del sector, algo que el regulador (la entonces Comisión Nacional de la Energía, CNE) dejó muy claro en los informes solicitados por la CNC en el marco de estos expedientes. Tal y como señaló la CNE, «el acceso a la información contenida en el SIPS se considera esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, reduciendo los costes del cambio de suministrador facilitando la elaboración de ofertas adecuadas a las con-

---

por el art. 5 del Real Decreto 1454/2005) exige a las empresas distribuidoras dotarse de un sistema informático necesario para permitir la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía eléctrica, así como facilitar el acceso tanto a clientes como a comercializadores.

<sup>10</sup> Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008, dejado sin efecto por Auto de la misma Sala de 12 de mayo de 2009.



diciones de los clientes». En efecto, «en función del régimen de consumo del cliente, varía su beneficio [el del comercializador] en cada modalidad, por lo que las pautas de consumo también influyen en la decisión de pasar a un régimen u otro. Esta circunstancia hace más valiosa la información contenida en el SIPS, puesto que las ofertas de las comercializadoras deben ser más selectivas y ajustadas en una coyuntura desfavorable del mercado».

Las resoluciones sancionadoras declararon la existencia de una infracción de los arts. 6 de la Ley 16/1989 (actual art. 2 de la LDC) y 82 del Tratado de la Unión Europea (actual art. 102 del TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio mediante la negativa de acceso al SIPS por parte de cada una de las distribuidoras denunciadas. Dicha conducta estaba objetivamente dirigida a excluir la competencia de Centrica y otros comercializadores independientes en perjuicio de los consumidores, cuyos derechos de elección se veían mermados.

Pero es que, además, como señalaban las resoluciones sancionadoras, en el caso de tres de las distribuidoras (las de los grupos de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa), se produjo una discriminación en favor de las comercializadoras de estos tres grupos, permitiéndoles a ellas el acceso (masivo e incondicionado) al SIPS. Con ello, se vulneraba la separación de actividades entre distribuidora y comercializadora del grupo y el principio de neutralidad, constituyendo igualmente una infracción de abuso de posición de dominio por discriminación prohibida por la LDC.

## 2) La actuación desleal de la comercializadora de referencia del grupo verticalmente integrado

La normativa nacional de competencia incluye en su catálogo de infracciones las derivadas de un acto de competencia desleal capaz de distorsionar la competencia en el mercado. Esta figura jurídica, que no cuenta con un precepto homólogo en la normativa comunitaria de competencia y por tanto su uso es más bien atípico, ha resultado especialmente útil recientemente para analizar conductas en los mercados de gas y electricidad que, si bien conducían a un resultado claramente anticompetitivo, no encontraban acomodo en los tradicionales arts. 1 y 2 de la LDC.

Bajo el art. 3, la CNMC puede sancionar actos desleales que por falsear la competencia afecten al interés público. No basta por tanto con que exista un acto desleal de los tipificados en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, sino que además debe acreditarse que dicha conducta es apta para afectar al interés público. En caso contrario, es en los Juzgados de lo Mercantil donde habitualmente se ventilan las denuncias por competencia desleal.

En 2009, la CNC inició a raíz de varias denuncias una serie de investigaciones sobre el traspaso de clientes entre comercializadoras del mismo grupo. De acuerdo con la normativa vigente en ese momento<sup>11</sup>, el 1 de julio

<sup>11</sup> Orden ITC/1659/2009.

de dicho año desaparecían las tarifas reguladas para los clientes conectados a la red de baja tensión pero con una potencia instalada superior a los 10 MW que pasaban a tener que elegir comercializador en el mercado libre (es decir, clientes sin derecho a la TUR, fundamentalmente PYMES). Si estos clientes (o aquellos conectados a alta tensión que, aunque deberían estar en el mercado libre desde el 1 de julio de 2008, seguían sin tener un contrato de suministro en vigor y continuaban consumiendo electricidad) no llevaban a cabo dicha elección antes del 1 de julio y se mantenían con su comercializador habitual, tenían una penalización prevista en la propia normativa<sup>12</sup>. Asimismo, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 se refiere a la conformidad del cliente al cambio de suministrador, recogiendo en su redacción referencias a la «conformidad expresa» o «la documentación que acredite la voluntad del cliente», entre otras.

Es en este contexto jurídico-económico en el que se producen las conductas enjuiciadas en los expedientes S/213/10 Iberdrola Sur y S/304/10 Endesa Sur<sup>13</sup>. Concretamente, en el expediente de Iberdrola Sur se constató que la comercializadora de último recurso del grupo Iberdrola (Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S. A. U., en adelante Iberdrola CUR) traspasó automáticamente 268.001 de estos consumidores a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso (únicamente un consentimiento tácito que no representa la voluntad inequívoca del cliente) y, por tanto, infringiendo lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009. En la medida en que este hecho suponía la violación de una norma que tenía por objeto regular la actividad concurrencial de los agentes que operan en el mercado libre minorista de suministro de electricidad (y, concretamente, el cambio de suministrador), era susceptible de reputarse como conducta desleal de acuerdo con el art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. Además, como consecuencia de la actuación de Iberdrola, se produjo un importante incremento en su cuota de fidelización de los consumidores frente a los comercializadores que podrían haber captado a dichos clientes. En efecto, una vez transferidos a la comercializadora libre del grupo, el margen comercial para hacer una oferta atractiva a estos clientes se reducía, pues ya no estaba sujetos a la penalización. Por tanto, la actuación produjo el falseamiento de la libre competencia.

---

<sup>12</sup> De acuerdo con la normativa, el precio a aplicar a los clientes en esta situación se iría incrementando automáticamente en el tiempo (5 por 100 trimestral, hasta alcanzar el 20 por 100), con el objeto de incentivar la salida a mercado mediante la contratación con comercializadores, culminando con la interrupción del suministro el 31/12/2010 (prorrogado en dos ocasiones, al 31 de diciembre de 2011 y 31 de diciembre de 2012).

<sup>13</sup> <https://www.cnmec.es/expedientes/s030410>. En este caso, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de octubre de 2016 estimó el recurso de casación de Endesa al entender que no se había producido un cambio de suministrador, que es el supuesto (al menos literal) de aplicación de las reglas sobre consentimiento establecidas por la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, dado que Endesa como comercializadora de último recurso había asumido asimismo labores de suministro en el mercado libre y por tanto no se había producido una sustitución en la personalidad jurídica del suministrador sin consentimiento expreso (aunque sí un cambio en el tipo de suministro, de regulado a libre). En todo caso, dicha sentencia recoge expresamente que «es cierto que la modificación contractual operada era sustancial para los clientes y que el principio de transparencia hacía aconsejable requerir el consentimiento expreso de los afectados».



Por otra parte, la conducta investigada se produjo en un momento temporal relevante por el proceso de liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad. A ello debe añadirse que el colectivo al que se dirigió estaba compuesto fundamentalmente por pequeñas y medianas empresas y el servicio afectado (el suministro eléctrico) es un *input* básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos. A la vista de todo ello, la conducta era sin lugar a dudas apta para afectar al interés público. En definitiva, se dieron todos los requisitos necesarios para calificar la conducta como desleal y acreditar que se había producido un falseamiento de la libre competencia, en contra de lo establecido en el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La infracción ha sido confirmada por el Tribunal Supremo<sup>14</sup> si bien, dada la limitada duración de la conducta (ocho meses), la multa ha sido rebajada en un 50 por 100. En todo caso, dicha sentencia viene a confirmar que «con el traspaso de contratos de 268.001 clientes en las condiciones expresadas dentro de su propio grupo empresarial, evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada», concluyendo que «dicha conducta alteró o falseó sensiblemente la competencia en el mercado de suministro de electricidad afectado por la conducta descrita».

## B. REGULACIÓN SECTORIAL

### a) *Normativa sectorial: separación de actividades y la protección al consumidor*

La regulación básica para garantizar un desarrollo efectivo de la competencia en los mercados minoristas de suministro a clientes finales en industrias de red, como la electricidad y el gas natural, son, por una parte, la regulación del derecho de acceso a las redes en condiciones objetivas transparentes y no discriminatorias y, por otra parte, la regulación aplicada sobre la separación de actividades de red y de actividades en competencia.

Tanto la Ley 24/2013 (LSE)<sup>15</sup> como Ley 34/1998 (LSH)<sup>16</sup> establecen que la distribución de electricidad y de gas natural, respectivamente, son actividades reguladas que deben garantizar el acceso de terceros a sus redes en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la ley<sup>17</sup>. Asimismo, los distribuidores otorgan el permiso de acceso a sus redes, cobrando por su uso unos precios regulados que son los peajes de acceso,

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017.

<sup>15</sup> Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

<sup>16</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

<sup>17</sup> Arts. 8 LSE y 60 de la LSH.

estando el ejercicio de la actividad de distribución sujeto a una retribución regulada<sup>18</sup>.

Las primeras Directivas para los sectores de gas y electricidad con las cuales se inicia el proceso de liberalización de estos mercados se remontan a 1996. Este Primer Paquete de medidas liberalizadoras perseguía la eliminación de monopolios legales y la apertura de los mercados a la competencia, propugnando un acceso abierto a las redes (acceso negociado o regulado), la separación contable de las actividades de transporte y distribución y la llamada elegibilidad de grandes clientes, que lleva aparejada la libertad para elegir suministrador.

Con el Segundo Paquete en 2003, se introduce ya la elegibilidad de todos los clientes a partir del 1 de julio de 2007, la obligación de ofrecer acceso regulado y no-discriminatorio a las redes y se da un paso más en la distinción entre actividades reguladas (con cierto carácter de monopolio natural) y actividades liberalizadas, exigiendo la separación legal y funcional de las actividades de transporte y distribución. Es en esta segunda oleada de medidas liberalizadoras en la que se recogen expresamente las funciones de supervisión de las autoridades reguladoras.

Por último, las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE avanzan significativamente en la separación entre actividades reguladas y liberalizadas al determinar que el distribuidor no debe ejercer ningún tipo de discriminación entre usuarios o categorías de usuarios de la red, en particular, en favor de sus empresas vinculadas. El carácter neutral del distribuidor respecto a dar acceso de sus redes y a la información de los puntos de suministro conectados a sus redes, así como al cambio de suministrador, son elementos básicos para el desarrollo efectivo de la competencia en los mercados minoristas de electricidad y de gas natural. Por ello, en el caso de que el distribuidor forme parte de un grupo empresarial que integre sociedades que comercializan electricidad y gas natural a clientes finales, la regulación sectorial establece criterios de separación de actividades de empresas pertenecientes a grupos integrados.

Las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE y el ordenamiento jurídico nacional que transpone dichas Directivas —LSE, LSH<sup>19</sup>, y normativa que las desarrolla—, establecen criterios de separación funcional y de no confusión entre las sociedades que pertenecen a grupos verticalmente integrados. La nueva Propuesta de la Comisión Europea de Energía limpia para todos los europeos («*Clean Energy Package*» o Cuarto Paquete)<sup>20</sup> actualmente en discusión, no solamente mantiene las exigencias de separación de actividades en los términos fijados en las Directivas vigentes, sino que en cuanto al papel del distribuidor como gestor de datos de los contadores inteligentes, resalta la importancia de que el grupo empresarial integrado verticalmente

---

<sup>18</sup> Arts. 41 LSE y 78 LSH.

<sup>19</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

<sup>20</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52016PC0864R\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52016PC0864R(01)&from=EN).



no tenga un acceso privilegiado a los datos para llevar a cabo su actividad de suministro.

En las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE queda clara la relevancia del cumplimiento adecuado de criterios de separación del distribuidor cuando pertenece a un grupo integrado para la competencia efectiva en el mercado de suministro de electricidad y de gas natural. En la exposición de motivos de sendas Directivas se señala que debe evitarse que los distribuidores pertenecientes a grupos verticalmente integrados aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado, especialmente en relación con los pequeños consumidores<sup>21</sup>. Así, se determina que el distribuidor que forme parte de una empresa integrada verticalmente sea independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, en particular, del suministro de electricidad y de gas natural a clientes finales, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, organización y toma de decisiones. Con el fin de lograr este objetivo, las citadas Directivas establecen un conjunto de criterios mínimos de independencia en la gestión<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Considerandos 26 de la Directiva 2009/72/CE y 25 de la Directiva 2009/73/CE: «Para crear condiciones de igualdad al nivel minorista, por tanto, deben controlarse las actividades de los gestores de redes de distribución a fin de impedir que aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado, especialmente en relación con los pequeños consumidores domésticos y no domésticos».

<sup>22</sup> El gestor de la red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente, en lo que respecta a su organización y adopción de decisiones, de las demás actividades no relacionadas con la distribución. «Con el fin de lograr este objetivo, deberán aplicarse los siguientes criterios mínimos:

a) Los encargados de la administración del gestor de la red de distribución no podrán participar en estructuras de la empresa eléctrica integrada que se ocupen, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de las actividades de generación, transporte o suministro de electricidad; b) se tomarán las medidas oportunas para garantizar la debida consideración de los intereses profesionales de las personas encargadas de la administración del gestor de la red de distribución, de tal forma que estas puedan actuar con independencia; c) el gestor de la red de distribución gozará de facultad de decisión efectiva, independientemente de la empresa eléctrica integrada, con respecto a los activos necesarios para explotar, mantener o desarrollar la red. A fin de desempeñar estas funciones, el gestor de la red de distribución dispondrá de los recursos necesarios, incluidos los recursos humanos, técnicos, financieros y materiales. Esto no deberá impedir la existencia de mecanismos de coordinación adecuados que aseguren la protección de los derechos de supervisión, tanto económica como de gestión, de la sociedad matriz respecto a los activos de sus filiales, regulados indirectamente con arreglo al artículo 37, apartado 6. En particular, ello permitirá a la sociedad matriz aprobar el plan financiero anual, o cualquier instrumento equivalente, del gestor de la red de distribución, así como establecer límites globales a los niveles de endeudamiento de sus filiales. No se permitirá a la sociedad matriz dar instrucciones respecto de la gestión cotidiana ni de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de líneas de distribución que no sobrepasen lo establecido en el plan financiero aprobado o en cualquier instrumento equivalente, y d) el gestor de la red de distribución deberá establecer un programa de cumplimiento en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar que las conductas discriminatorias queden excluidas y deberá garantizar que el respeto de dicho programa sea objeto de la supervisión adecuada. El cumplimiento del programa establecerá las obligaciones específicas de los empleados para alcanzar este objetivo. La persona u órgano competente para la supervisión del programa de cumplimiento, el encargado del cumplimiento del gestor de la red de distribución, presentará un informe anual con las medidas adoptadas a la autoridad reguladora a que se refiere el artículo 35, apartado 1, el cual se publicará. El encargado del cumplimiento del gestor de la red de distribución será totalmente independiente y tendrá acceso a toda la información del gestor de la red de distribución y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función».

Más aún, destacan la importancia del «control» al distribuidor perteneciente al grupo integrado por parte de las autoridades competentes ante posibles conductas del distribuidor, en las que beneficiándose de su integración vertical pueda falsear la competencia<sup>23</sup>. En este sentido, se obliga a los distribuidores integrados verticalmente a no crear confusión en su información y en la presentación de la marca, respecto a la identidad separada de la filial suministradora de la empresa integrada verticalmente.

Las citadas Directivas fueron traspuestas al ordenamiento jurídico nacional<sup>24</sup>. En la actualidad el art. 12 de la Ley 24/2013 y el art. 63 de la Ley 34/1998 recogen los criterios de separación de actividades de grupos verticalmente integrados.

Las citadas disposiciones establecen que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas actividades definidas como reguladas tengan como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan realizar, por tanto, actividades de producción, de comercialización y en el caso del sector eléctrico, de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades. No obstante, un grupo de sociedades podrá desarrollar actividades incompatibles de acuerdo con la ley, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes y se cumplan determinados criterios de independencia funcional<sup>25</sup>.

Asimismo, las empresas distribuidoras y, también, las empresas comercializadoras de referencia<sup>26</sup> que formen parte de un grupo de sociedades que desarrolle actividades reguladas y libres no crearán confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la entidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización, sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto<sup>27</sup>. Asimismo, los comercializadores de referencia llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas, diferenciando

---

<sup>23</sup> Así, se añade en las citadas Directivas que los Estados miembros garantizarán el control de sus actividades por parte de las autoridades reguladoras u otros organismos competentes, de manera que no pueda aprovecharse de su integración vertical para falsear la competencia.

<sup>24</sup> Fueron objeto de transposición al Derecho español mediante el Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista que modificaron la entonces vigente Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y la Ley 34/1998.

<sup>25</sup> A las distribuidoras eléctricas con menos de 100.000 clientes conectados en sus redes no les aplica el conjunto de obligaciones establecidas en el apartado 2 de la Ley 24/2013.

<sup>26</sup> Comercializadoras con obligación de suministro a precio minorista regulado a solicitud de determinados consumidores señalados en la normativa vigente (consumidores conectados en baja tensión y potencia contratada inferior a 10 kW en electricidad y baja presión y consumo anual inferior a 50.000 kWh en gas natural).

<sup>27</sup> La obligación de no confusión en la información y en la presentación de marca e imagen de marca fue ampliada en el ordenamiento jurídico nacional, además de para los distribuidores como establecen las Directivas, también para las comercializadoras de referencia en electricidad y de último recurso de gas natural pertenecientes a grupos verticalmente integrados.



los ingresos y los gastos estrictamente imputables al suministro realizado a aquellos consumidores acogidos al precio voluntario para el pequeño consumidor (o precio minorista regulado)<sup>28</sup>.

b) *Actuaciones de la CNMC en materia de separación de actividades y la protección al consumidor*

De acuerdo con el art. 7 de la Ley 3/2013<sup>29</sup>, la CNMC supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural<sup>30</sup>. Asimismo, según el art. 73.3 de la Ley 24/2013 y el art. 116.3 de la Ley 34/1998, la CNMC es competente para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas relativas a la realización de obligaciones incompatibles, infringiendo los requisitos de separación jurídica, funcional y de gestión, así como el incumplimiento por los sujetos obligados a ello de los criterios de separación de acuerdo con lo establecido en la ley y en su normativa de desarrollo [tipificada como infracción muy grave según el art. 64.1 de la LSE y el art. 109.h) de la LSH], así como al incumplimiento de la obligación de no confusión en la información, en la presentación de marca y en la imagen de marca de grupos integrados [tipificada como infracción grave según el art. 65.24 de la LSE y en el art. 110.g) de la LSH].

En relación con las actuaciones de supervisión de la separación de actividades en el sector eléctrico, la CNMC concluyó en su *Informe de supervisión de la separación jurídica de las distribuidoras de energía eléctrica de menos de 100.000 clientes*<sup>31</sup> que, como resultado de las actuaciones de supervisión de la separación de actividades realizadas, hay un nivel de cumplimiento alto de las obligaciones establecidas en los arts. 12.1<sup>32</sup> y

<sup>28</sup> Art. 4.3 del Real Decreto 216/2013, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

<sup>29</sup> Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante Ley 3/2013).

<sup>30</sup> En particular, la CNMC ejercerá las siguientes funciones descritas en los apartados 3, 14 y 15 del citado artículo:

«3. Supervisar y, en su caso, certificar, la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades».

«14. Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia».

«15. Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica».

<sup>31</sup> [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939853\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939853_1.pdf).

<sup>32</sup> «1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades de transporte, distribución y operación del sistema a que se refiere el apartado 2 del artículo 8 deberán tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar activida-

20.9<sup>33</sup> de la LSE (eliminación de posibilidad de prestar garantías y avales a las sociedades de grupo o vinculadas). Las distribuidoras con menos de 100.000 clientes conectados en sus redes contaban con un periodo transitorio para adaptarse a los requisitos que les son de aplicación en materia de separación de actividades.

Otra de las actuaciones de la CNMC que afecta también a la integración vertical de grupos y dirigida a proteger al consumidor es la Resolución de la CNMC de 18 de febrero de 2014 de adopción de una decisión vinculante relativa a las nuevas altas de suministros de gas<sup>34</sup>. Tiene por objeto dotar de eficacia a la exigencia normativa de que el consumidor que pretenda dar de alta un nuevo suministro de gas natural cuente con la información necesaria para decidir sobre la tarifa y el suministrador que mejor se ajusten a sus necesidades. Los consumidores tienen derecho tanto a elegir suministrador como a recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas [art. 57 bis, b) y g)].

Como se recoge en la citada Resolución, por una parte, para garantizar la protección de los consumidores de gas natural, se adoptó la medida consistente en que los distribuidores de gas natural interesados en el citado expediente, incluyeran información sobre las tarifas existentes y sobre los suministradores que operan en el mercado español de gas natural, tanto en la documentación que debe proporcionar al solicitante de una nueva acometida a tenor del art. 25.2 del Real Decreto 1434/2002, como en su página *web*, en el área correspondiente a las altas de gas natural, de un modo claramente visible y de fácil acceso. Los comercializadores interesados debían incluir información sobre las opciones de suministro existentes en el mercado de gas natural, ya sea a precio libre o a tarifa de último recurso, así como, al menos, una indicación sobre a dónde acudir para encontrar un mayor detalle al respecto, tanto en el documento conformidad del cliente que exige formalizar el art. 48.3 del Real Decreto 1434/2002, como en su página *web*, en el área correspondiente a las altas de gas natural, de un modo claramente visible y de fácil acceso.

Por otra parte, en relación al servicio de atención al cliente<sup>35</sup>, la decisión jurídicamente vinculante exige que la empresa comercializadora libre y la de último recurso de un mismo grupo empresarial contaran con un servicio de atención telefónica diferenciado.

---

des de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades».

<sup>33</sup> «9. Las sociedades que realizan actividades reguladas no podrán prestar garantías ni avalar préstamos de otras sociedades del grupo o partes vinculadas que realicen actividades liberalizadas u otras actividades ajenas al sector eléctrico».

<sup>34</sup> Dicha Resolución fue avalada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de octubre de 2015 (rec. 105/2014) en el recurso interpuesto por Gas Natural Servicios SDG, S. A., y confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 2018 por la que se desestima el recurso interpuesto por Gas Natural Servicios SDG, S. A., contra la citada Sentencia de fecha 21 de octubre de 2015.

<sup>35</sup> El art. 81.2.n) de la Ley 34/1998 señala la obligación de los comercializadores de disponer de un servicio de atención al cliente, incluyendo números de teléfono gratuitos.



Otras actuaciones de la CNMC en el ámbito del art. 7.4 de la Ley 3/2013 relativo a velar por el cumplimiento efectivo de la normativa y procedimientos relacionados con el cambio de suministrador, consisten en la resolución de expedientes sancionadores por incumplimiento de requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, incluidos los cambios de suministrador sin consentimiento, así como la realización de diversos informes de supervisión de los cambios de comercializador y del efectivo consentimiento del consumidor.

Finalmente, en el ámbito del art. 7, apartados 11, 13, 14 y 15, de la Ley 3/2013, la CNMC ha realizado informes sobre el comparador de ofertas en los mercados minoristas, sobre la evolución de los mercados minoristas de electricidad y gas natural y sobre el servicio de atención al cliente de las comercializadoras. En dichos informes la CNMC introduce recomendaciones y propuestas normativas con el fin de mejorar la protección al consumidor respecto al proceso de contratación y la actuación comercial de los suministradores frente al consumidor, especialmente en las ventas directas a clientes domésticos. Entre dichas recomendaciones está la necesaria identificación de la empresa y del agente comercial que actúa en su nombre respecto a la de otras empresas del grupo integrado<sup>36</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE PROPIEDAD VERTICAL DE LA DISTRIBUCIÓN Y EL SUMINISTRO DE GAS Y ELECTRICIDAD

La titularidad de las redes de distribución de electricidad y de gas natural por parte de grupos empresariales integrados ha evolucionado de forma diferente en el sector del gas natural y en el de electricidad.

En el momento de realizar el presente artículo, en el sector eléctrico no se han registrado cambios significativos en la propiedad vertical de la distribución y comercialización de los principales grupos energéticos tradicionales: Iberdrola, Endesa, Gas Natural Fenosa, EDP-Hidrocantábrico, salvo en Viesgo, como se verá más adelante. Dichos grupos mantienen sociedades distintas que efectúan la actividad de suministro y la distribución de electricidad.

En el sector eléctrico se han registrado puntualmente adquisiciones por parte de distribuidoras tradicionales, de alguna distribuidora de menos de 100.000 suministros conectados a sus redes<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre la confusión en la diferenciación de marca de algunos comercializadores con la empresa distribuidora y con la comercializadora de referencia del mismo grupo empresarial como una mala práctica comercial y las recomendaciones de la CNMC puede verse [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221_1.pdf), <https://www.cnmc.es/expedientes/infde04515-0>, <https://www.cnmc.es/buscador?t=INF/DE/024/16>.

<sup>37</sup> Véase por ejemplo, C-0771/16 Endesa/Eléctrica del Ebro ([https://www.cnmc.es/sites/default/files/952049\\_3.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/952049_3.pdf)) o la operación de adquisición por Endesa de Empresa de Alumbrado Eléctrico de Ceuta, según noticia de prensa a 18 de junio de 2018, <https://elfarodeceuta.es/endsa-se-refuerza-y-compra-la-empresa-de-alumbrado-de-ceuta/>.

También hay que citar que a mediados de 2015 fondos de infraestructuras adquirieron el control conjunto de E.On España —grupo Viesgo—<sup>38</sup> y según información de prensa<sup>39</sup>, la posibilidad de adquisición por parte del grupo Repsol de los negocios liberalizados (generación y mercado minorista) del grupo Viesgo a sus actuales accionistas.

El efecto de la integración vertical entre la distribución eléctrica de la zona y el suministro de electricidad a consumidores domésticos es, actualmente, elevado. En términos de mercado nacional, el porcentaje de puntos de suministro de electricidad suministrados en las redes del distribuidor de la zona por las comercializadoras pertenecientes al grupo integrado ascendió al 81 por 100 en 2017<sup>40</sup> y en las nuevas altas al 83,1 por 100 en 2017<sup>41</sup>.

En el sector gasista se ha producido un proceso de desintegración vertical de grupos empresariales tradicionales, como resultado tanto del cumplimiento de los compromisos de desinversión de la operación de concentración C-0098/08 Gas Natural/Union Fenosa<sup>42</sup> como de diversos movimientos empresariales efectuados posteriormente a dicha operación de concentración.

Así, en el ámbito de la citada operación de concentración C-0098/08, como resultado del cumplimiento de los compromisos de desinversión en el mercado de distribución de gas natural, Gas Natural Fenosa vendió en total más de un millón de puntos de distribución de gas natural: a Naturgas en Murcia, Asturias, País Vasco y Cantabria<sup>43</sup> en 2009, a Morgan Stanley-Madrileña Red de Gas<sup>44</sup> en Madrid en 2010<sup>45</sup> y de nuevo a Morgan Stanley Madrileña Red de Gas en Madrid en 2011<sup>46</sup>.

Por otra parte, la salida del mercado de distribución de gas por parte del grupo Endesa se inició en 2010 con la adquisición por parte de Goldman Sachs Group Inc.<sup>47</sup> del control exclusivo sobre Nubia 2000 S. L., sociedad

<sup>38</sup> Véase M.7490-Macquarie/Wren House/E.ON Spain.

<sup>39</sup> [https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-15/repsol-viesgo-maquarie-ciclos-combinados-clientes\\_1579168/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-15/repsol-viesgo-maquarie-ciclos-combinados-clientes_1579168/).

<sup>40</sup> Por simplificar se incluye la cuota de ámbito nacional si bien el mercado de distribución eléctrica tiene un ámbito geográfico local de acuerdo con precedentes de operaciones de concentración de ámbito europeo y nacional.

<sup>41</sup> Véanse los informes de supervisión de los cambios de suministrador en los mercados minoristas de electricidad y gas natural de la CNMC.

<sup>42</sup> Resolución de 11 de febrero de 2009, C-098/08 Gas Natural Fenosa. Operación de concentración autorizada en segunda fase con compromisos.

<sup>43</sup> Resolución de 21 de octubre de 2009, C-0176/09 Naturgas/Gas Natural.

<sup>44</sup> Madrileña Red de Gas perteneció a Morgan Stanley Infrastructure Inc. Desde finales de 2015 (29 de abril de 2015), Ginkgo Tree Investment [del State Administration of Foreign Exchange (SAFE) de la República Popular de China], Electricité de France, y Stichting Depositary PGGM Infrastructure Funds (fondo de pensiones holandés) y desde el 15 de marzo de 2016, Lancashire County Pension Fund, son los accionistas finales de Madrileña Red de Gas.

<sup>45</sup> Resolución de 24 de marzo de 2010, C-0212/10 Morgan Stanley/Gas Natural-Activos Distribución.

<sup>46</sup> Resolución 11 de mayo de 2011, C-0336/11 NMG/BDG.

<sup>47</sup> En relación con los cambios recientes en el accionariado de Redexis, a mediados de 2017 fondos de infraestructuras gestionados por Goldman Sachs vendieron una participación del capital social en Redexis Gas, S. A. y en Redexis Gas Finance B. V. a Universities Superannuation Scheme Limited



que agrupaba los activos de distribución y transporte de gas en España de Endesa<sup>48</sup>. En 2013 Endesa vendió a los fondos de inversión gestionados por Goldman Sachs el 20 por 100 de la participación en el capital social de Endesa Gas T&D, S. L. (hoy denominada Redexis Gas), sociedad que agrupaba todos los activos de distribución de gas de Endesa en la península a excepción de las redes de gas que Endesa controlaba en Extremadura. Asimismo, en 2012, Cristian Lay, S. A. adquirió el control exclusivo de las sociedades Distribución y Comercialización de gas de Extremadura, S. A., y Gas Extremadura Transportista, S. L., de las que mantenía control conjunto con Endesa<sup>49</sup>.

Asimismo, las operaciones de concentración que tuvieron como resultado la salida del mercado de distribución de gas de Iberdrola fueron, por una parte, la adquisición por Madrileña Red de Gas de activos en Madrid pertenecientes a Iberdrola Distribución de Gas en 2012<sup>50</sup>. También en 2012, por una parte Iberdrola, S. A., adquirió el control exclusivo sobre Distribuidora Eléctrica Navasfrías, S. L., propiedad del grupo Gas Natural Fenosa y, por otra, Gas Natural Fenosa adquirió, a través de su filial Gas Natural Cegas, S. A., el control exclusivo sobre una serie de activos para la distribución de gas en determinados municipios de la Comunidad Valenciana, propiedad de Iberdrola Distribución de Gas, S. A. U.<sup>51</sup>.

En 2014 Redexis adquirió el control exclusivo de Gas Energía Distribución de Murcia y de activos de Naturgas en Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana y Madrid<sup>52</sup>. Con ello, Naturgas abandonó la zona de distribución de Levante, Castilla y León y Cataluña en favor de Redexis.

Asimismo, varias filiales distribuidoras regionales del grupo Gas Natural Fenosa adquirieron el control exclusivo de activos de transporte y distribución en Andalucía y Castilla la Mancha<sup>53</sup> y, por otra parte, Gas Natural Fenosa adquirió el control exclusivo de Gas Directo con puntos de distribución en Madrid y en Galicia<sup>54</sup>.

---

(USSL) y a Arbejdsmarkedets Tilægspension (ATP). La adquisición por USSL del control conjunto sobre Redexis Gas, S. A. y Redexis Gas Finance B.V fue objeto de operación comunitaria (véase M.8550, USSL/Goldman Sachs/Redexis Gas). Más recientemente según noticias de prensa de 5 de abril de 2018 (*El Economista*, *Expansión*), Goldman Sachs Infrastructure Partners habría vendido su 50,1 por 100 en Redexis Gas. La participación en el capital social de Redexis se dividiría en tres tercios entre ATP, USSL y Guoxin Guotong Fund y CINC Corporation Limited.

<sup>48</sup> Resolución de 15 de diciembre de 2010, C-0300/10 Goldman Sachs/Nubia.

<sup>49</sup> Resolución CNC de 5 de diciembre de 2012 autoriza la operación de concentración C-0472/12 Cristian Lay/Dicogexsa/Get. Grupo Cristian Lay adquirió en 2012 a Endesa Gas el 7 por 100 del capital social de D. C. Gas-Ext y el 40 por 100 del capital social de Gas Extremadura Transportista, S. L. obteniendo el control exclusivo de ambas entidades mercantiles.

<sup>50</sup> Resolución CNC de 25 de junio de 2012 autoriza la operación de concentración C-0488/12 Madrileña Red de Gas/Iberdrola Distribución.

<sup>51</sup> Resolución CNC de 17 de octubre de 2012 autoriza la operación de concentración C-0465/12 Iberdrola/Navasfrías y Gas Natural/Iberdrola Distribución.

<sup>52</sup> Resolución CNMC de 15 de enero de 2015 autoriza la operación de concentración C-0630/14 Redexis/Gemd.

<sup>53</sup> Resolución CNC de 19 de enero de 2011 autoriza la operación de concentración C-0282/10 Gas Natural/Transportista Sureuropea/Distribuidora Sureuropea/Transmanchega de Gas.

<sup>54</sup> Resolución CNMC de 25 de mayo de 2015 autoriza la operación de concentración C-0658/15 Gas Natural/Gas Directo.

Desde finales de 2015 hasta principios de 2017 se realizaron adquisiciones de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado de Repsol Butano y Cepsa por parte de las diferentes distribuidoras de gas<sup>55</sup>. Dichas distribuidoras gasistas adquirieron estos puntos de GLP canalizado para su transformación a puntos de distribución de gas natural.

Más recientemente, a mediados de 2017, la empresa distribuidora de gas en Cantabria, País Vasco y Asturias (Naturgas Energía Distribución, S. A. U.) que pertenecía al grupo empresarial EDP-Naturgas fue adquirida por IIF INT'L Holding L. P., constituyendo Nortegas Energía Distribución<sup>56</sup>.

En conclusión, como resultado de diversos movimientos empresariales, tres distribuidoras gasistas pertenecientes a grupos integrados tradicionales (Iberdrola, Endesa y EDP-Naturgas) han dejado la actividad de distribución de gas natural. Paralelamente han entrado en el mercado de distribución 4 distribuidores que no pertenecen a grupos integrados con actividades de comercialización (Redexis, Madrileña Red de Gas, Gas Extremadura y más recientemente Nortegas).

En términos de mercado nacional, el porcentaje de número de puntos de suministro de gas natural suministrados en las redes de la zona de distribución de las comercializadoras pertenecientes al único grupo integrado ascendió al 73,3 por 100 en 2017<sup>57</sup> y en las nuevas altas al 63,3 por 100 en 2017<sup>58</sup>.

Un rasgo coincidente de estas empresas distribuidoras de gas que no pertenecen a grupos integrados verticalmente (Madrileña Red de Gas, Redexis y Nortegas) es que en su estructura de propiedad<sup>59</sup>, sus accionistas principales son fondos de infraestructuras, de inversión, de seguros y de pensiones. También en el accionariado de las distribuidoras de gas Nedgia pertenecientes al único grupo verticalmente integrado en la actualidad

---

<sup>55</sup> Resolución CNMC de 10 de diciembre de 2015 autoriza la operación de concentración C-0710/15 Redexis Gas/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 17 de junio de 2016 autoriza la operación de concentración C-0767/16 Redexis/GLP Repsol Butano 2-Activos; Resolución CNMC de 2 de febrero de 2017 autoriza la operación de concentración C-0827/16 Redexis/GLP Cepsa-Activos; Resolución CNMC de 28 de abril de 2016 autoriza la operación de concentración C-0739/16 Gas Extremadura/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 autoriza la operación de concentración C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 autoriza la operación de concentración C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 7 de diciembre de 2016 autoriza la operación de concentración C-0812/16 Gas Natural Fenosa/GLP Cepsa-Activos.

<sup>56</sup> La Resolución de la CNMC de 16 de junio de 2017 autoriza la operación de concentración C-0856/17 IIF/Naturgas Energía Distribución. Los accionistas principales de Nortegas son IIF Int'l Holding L. P., Abu Dhabi Investment Council, Swiss Life Holding AG y Covalis Capital LLP.

<sup>57</sup> El mercado de distribución eléctrica tiene ámbito geográfico local de acuerdo con precedentes de control de concentraciones europeos y nacionales, si bien en el gráfico se presenta la distribución provincial.

<sup>58</sup> Véanse los informes de supervisión de los cambios de suministrador en los mercados minoristas de electricidad y gas natural de la CNMC.

<sup>59</sup> Se excluye a Distribución y Comercialización de Gas Extremadura, S. A. U. (DICOGEXSA) perteneciente al Grupo Cristian Lay.



(grupo Gas Natural Fenosa) está presente un consorcio de inversores en infraestructuras a largo plazo<sup>60</sup>.

La desintegración de la estructura de propiedad vertical de distribuidores y comercializadores en grupos empresariales se ha valorado pro competitiva para el mercado minorista de electricidad y gas natural en diversas operaciones de concentración, y actualmente el foco de atención regulatoria se dirige a la solvencia financiera de las distribuidoras como actividad regulada. Así, en las recientes Resoluciones de la CNMC sobre la toma de participaciones en empresas distribuidoras de gas, que deben ser comunicadas y en su caso condicionadas si hubiera amenaza grave para la seguridad de suministro, de acuerdo con la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, subraya la importancia del cumplimiento de criterios de solvencia adecuados por parte de las distribuidoras<sup>61</sup>.

#### IV. ACTUACIONES RECIENTES DE LA CNMC EN MATERIA DE INTEGRACIÓN VERTICAL DE GRUPOS

La evolución de los mercados, de la normativa sectorial y del diseño institucional de las autoridades de competencia y de regulación en nuestro país, son aspectos que confluyen en un análisis conjunto de las conductas de los agentes que participan en los mercados energéticos y, en particular, en el análisis del comportamiento de las distribuidoras, comercializadoras de referencia y comercializadoras integradas en un mismo grupo empresarial.

En el presente epígrafe se resumen las actuaciones más recientes de la CNMC en el ámbito de sus competencias, en cuanto a la vinculación vertical de distribuidoras, comercializadoras de referencia y comercializadoras, por sus efectos sobre la competencia en los mercados de suministro de

---

<sup>60</sup> Allianz Capital Partners y CPPIB adquirieron, en agosto de 2017, una participación del 20 por 100 en el capital social del Holding de negocios regulados que controla las distribuidoras gasistas del grupo Gas Natural Fenosa.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNMC de 22 de febrero de 2018, sobre la operación de fusión por absorción de Nature Gasned XXI, S. L. U., por parte de Nortegas Energía Distribución, S. A. (TPE/DE/001/18), [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939850\\_6.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939850_6.pdf).

«Por todo lo cual, a fin de que la operación objeto de la presente resolución, no resulte en una estructura de endeudamiento que no pueda garantizar las inversiones ni el mantenimiento necesario de las infraestructuras de forma sostenible, y teniendo en cuenta que esta causa está expresamente contemplada en el apartado 7.b) de la Disposición Adicional novena de la Ley 3/2013, para la imposición de condiciones, esta Sala considera necesario imponer a NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S. A., la condición de revertir su posición económico-financiera, a un ratio Deuda Neta/EBITDA razonable, dentro del rango habitual de las empresas del sector, y conforme a los valores presentados en el Plan Explicativo que la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó mediante resolución de 18 de mayo de 2017».

E impone a Nortegas Energía Distribución, S. A., entre otras, la siguiente condición:

«Primera.—NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S. A. U. deberá revertir su posición económico-financiera a un ratio Deuda Neta/EBITDA razonable, dentro del rango habitual de las empresas del sector, y conforme a los valores presentados en el Plan Explicativo que la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó mediante resolución de 18 de mayo de 2017».

electricidad y gas natural a consumidores finales y sobre las garantías del derecho a elegir suministrador por parte del consumidor.

A. EL DISTRIBUIDOR PERTENECIENTE AL MISMO GRUPO INTEGRADO VERTICALMENTE QUE LA COMERCIALIZADORA LIBRE

*Compromiso de informar a los comercializadores sobre los puntos de distribución y suministro de GLP canalizado que serán transformados a gas natural.*

Como se ha visto en el epígrafe III, desde finales de 2015 y hasta principios de 2017 se realizaron adquisiciones de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado por parte de las diferentes distribuidoras de gas. Las distribuidoras gasistas, tanto pertenecientes a grupos integrados verticalmente como a distribuidores puros, adquirieron estos puntos de distribución y suministro de GLP canalizado para su transformación a puntos de distribución de gas natural.

En las operaciones de concentración en las que las adquisiciones correspondían a grupos verticalmente integrados, la CNMC valoró que se reforzaba el papel del comercializador perteneciente al grupo empresarial del distribuidor que adquiriría dichos puntos para su transformación a gas natural. Teniendo en cuenta el efecto de la integración vertical en las altas de gas sobre la competencia efectiva en el mercado de suministro de gas natural a consumidores domésticos y Pymes, las Notificantes propusieron compromisos a asumir por distintas sociedades del grupo.

La elevada vinculación entre las distribuidoras a las que se conectaban los nuevos puntos de suministro y las comercializadoras pertenecientes al mismo grupo empresarial, había sido detectada por la CNMC, dictando la Sala de Supervisión Regulatoria la ya citada Resolución de 18 de febrero de 2014, para entre otros objetivos, mejorar la información a disposición del consumidor para la elección de suministrador.

La CNMC autorizó dichas operaciones de concentración en primera fase, sujetas a los siguientes compromisos<sup>62</sup>:

- En primer lugar, el distribuidor del grupo integrado se comprometía a informar de una forma activa y con tiempo suficiente, a los comercializadores de los puntos de GLP canalizado transformados a gas natural. Ello teniendo en cuenta los elevados costes de información y de captación de los comercializadores en relación a los puntos de suministro transformados y para mitigar el refuerzo de la vinculación vertical de los comercializadores del grupo en las nuevas

---

<sup>62</sup> Véase Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 que autoriza la operación de concentración C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos, la Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 que autoriza la operación de concentración C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos y la Resolución CNMC de 7 de diciembre de 2016 que autoriza la operación de concentración C-0812/16 Gas Natural Fenosa/GLP Cepsa-Activos.



altas derivadas de la transformación de puntos de suministro a gas natural.

- En segundo lugar, el comercializador del grupo se comprometía a no suministrar a las nuevas altas resultantes de la transformación de los activos de GLP canalizado adquiridos durante un periodo de doce meses desde su transformación, compitiendo por el cambio de suministrador.
- En tercer lugar, el distribuidor en las cartas informativas enviadas a los consumidores sobre el proceso de transformación de su punto de suministro de GLP canalizado a gas natural, se comprometía a trasladar el nombre de los comercializadores que podían ofrecer suministro entre los que se excluía el comercializador del grupo.

*Medidas para evitar la creación de confusión en la información, presentación de marca e imagen de marca.*

Como se ha citado, el art. 12.3 de la LSE y el art. 63.6 de la LSH, en su transposición del art. 26 de la Directiva 20009/72/CE y de la Directiva 2009/73/CE, establecen la obligación de los distribuidores de electricidad y de gas natural pertenecientes a grupos verticalmente integrados a no crear confusión en la información, presentación de marca e imagen de marca respecto a la identidad de la sociedad que comercializa perteneciente al grupo. Y ello para que dicha confusión de marca no distorsione la elección de comercializador por parte del consumidor, a favor del comercializador del grupo integrado verticalmente y en detrimento de sus competidores.

Aquellas Autoridades Regulatoras del entorno europeo que lo han visto necesario, han actuado para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de no crear confusión en la información y en la presentación de marca establecida para los grupos verticalmente integrados. Las medidas han tomado forma de decisiones (en Italia)<sup>63</sup>, de notificaciones (en Alemania)<sup>64</sup>, de recomendaciones de cumplimiento (en Francia)<sup>65</sup> o de modificaciones reglamentarias (en Portugal)<sup>66</sup>.

Como reflejo de la supervisión realizada por la CNMC del correcto funcionamiento del mercado minorista de electricidad y gas natural y de protección a los consumidores, que tienen encomendadas, la CNMC elabora y publica diferentes informes de supervisión. Dichos informes permiten detectar problemas en el correcto funcionamiento del mercado, y basar la iniciación de actuaciones por parte de la CNMC, dentro del ámbito de sus competencias.

<sup>63</sup> L'Autorità per L'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico in Italia (AEEGSI deliberation no. 296/2015/R/com, 22 June 2015, [http://www.snam.it/en/Media/energy-morning/20150624\\_2.html](http://www.snam.it/en/Media/energy-morning/20150624_2.html)).

<sup>64</sup> Bundesnetzagentur en Alemania ([https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer6/BK6\\_node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer6/BK6_node.html)).

<sup>65</sup> Commission de Régulation de L'Énergie en Francia (<http://www.cre.fr/documents/publications/rapports-thematiques/respect-codes-de-bonne-conduite-rapport-2013-2014>).

<sup>66</sup> Entidade Reguladora do Serviços Energéticos en Portugal ([http://www.erse.pt/pt/legislacao/Legislacao/Attachments/2006/RRC\\_SE.pdf](http://www.erse.pt/pt/legislacao/Legislacao/Attachments/2006/RRC_SE.pdf)).

En dichos informes de supervisión de la CNMC se ha puesto de manifiesto la falta de diferenciación en la información e imagen de marca entre la comercializadora, comercializadora de referencia y distribuidora perteneciente al mismo grupo empresarial integrado verticalmente, lo que confluye en una confusión en la identificación de dichas empresas por parte del consumidor, fundamentalmente doméstico y pyme<sup>67</sup>.

Adicionalmente, la CNMC ha puesto de manifiesto en diversas Resoluciones, tanto sobre operaciones de concentración<sup>68</sup> como sobre conductas infractoras de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia<sup>69</sup>, la existencia de confusión de los consumidores en la diferenciación entre comercializadores, comercializadores de último recurso/comercializadores de referencia y distribuidores integrados en el mismo grupo empresarial.

Con una finalidad meramente ilustrativa, en el siguiente gráfico se muestran los logotipos de las distribuidoras y de las comercializadoras pertenecientes a los principales grupos integrados verticalmente en el momento de realizar el presente artículo. Si bien hay excepciones<sup>70</sup>, hay elementos comunes que podrían dificultar la identificación de la imagen de marca del distribuidor y del comercializador del grupo.

En este contexto, la CNMC ha manifestado la necesidad de realizar las medidas oportunas en el ámbito de sus competencias en relación a la protección del consumidor, para evitar que los grupos verticalmente integrados en el sector eléctrico ofrezcan imágenes de marca similares entre

---

<sup>67</sup> [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221_1.pdf), que indica: «Algunos comercializadores continúan utilizando marcas y logos similares entre el distribuidor, el comercializador de referencia y el comercializador del mismo grupo empresarial, especialmente en las ventas a domicilio, lo que puede confundir al consumidor, y utilizarse como una ventaja del comercializador ligado al distribuidor de la zona, en la venta del suministro de gas o electricidad. Por ello, los comercializadores deberían evitar crear confusión en el consumidor en este sentido, identificando su empresa y su actividad claramente antes de contactar con el consumidor».

<sup>68</sup> Véanse las operaciones de concentración autorizadas por la CNMC en 2016 relativas a la adquisición, por empresas distribuidoras de gas natural, de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado para su transformación a gas natural, se identificó por algunos comercializadores la existencia de asociación por el consumidor de la imagen de marca de la comercializadora perteneciente al mismo grupo empresarial que la distribuidora gasista. Por ejemplo, en el Expediente C-0758/16, párrafo 124, se indica:

«Afecta también, el desconocimiento generalizado de un número importante de consumidores que no distingue la diferencia entre las empresas distribuidoras y las comercializadoras y donde la imagen corporativa de distintas empresas del grupo puede confundirse. En algunos casos, existe confusión por parte del cliente que será nueva alta de gas, debido a que comparten los mismos nombres de cabecera las distintas empresas que pueden prestar servicios en su domicilio (Distribución, CUR y Comercialización). Los consumidores, en particular, los pertenecientes a los grupos tarifarios 3.1 y 3.2, no son conscientes de que las actividades de comercialización y distribución son actividades separadas y realizadas por empresas distintas, y podrían percibir que tendrán menos problemas con la distribución y el suministro de gas si contratan con una comercializadora verticalmente integrada».

<sup>69</sup> En la Resolución de 18 de febrero de 2016 de la CNMC (S/DC/0515/14 Comercializadoras electricidad) también se constató la falta de identificación clara frente al consumidor de electricidad entre el comercializador de referencia y el comercializador libre, en la información proporcionada sobre el Precio Voluntario del Pequeño Consumidor en la página *web* de los cinco principales grupos empresariales verticalmente integrados.

<sup>70</sup> A principios de 2018 Gas Natural Fenosa ha lanzado una nueva marca Nedgia para sus filiales distribuidoras de gas natural.



sus distribuidoras, comercializadoras y comercializadoras de referencia, que generen confusión en el consumidor medio y en su derecho a elegir suministrador en el mercado libre, dificultando en última instancia la competencia efectiva en el mercado de suministro de electricidad y gas natural a consumidores domésticos<sup>71</sup>.

### Logotipos de sociedades comercializadoras y distribuidoras de electricidad y gas natural pertenecientes a grupos integrados verticalmente

#### Grupo/comercializadora



#### Distribuidoras Eléctricas



#### Distribuidora de Gas Natural



Fuente: páginas y sitios *web* de sociedades pertenecientes a grupos verticalmente integrados a 19 de junio de 2018.

Concretamente, la CNMC ha anunciado recientemente que a la vista de su análisis de las relaciones comerciales de las empresas de gas y electricidad con sus clientes considera necesario realizar actuaciones en materia de imagen de marca<sup>72</sup>.

La identificación inequívoca por parte del consumidor de la filial que comercializa respecto a otras filiales pertenecientes al grupo integrado que distribuyen o como en el caso español o portugués, que tienen obligación de suministro a precio final regulado, se considera que es un elemento necesario para que el consumidor pueda efectuar una elección clara de su comercializador de electricidad y de gas natural. La comercialización de electricidad y de gas natural son actividades que se desarrollan en competencia, y tanto la legislación europea como la nacional, ponen especial atención en que la elección por el consumidor de su suministrador no quede afectada por la confusión en la información y en la presentación y en la imagen de marca de la comercializadora que pertenezcan a un grupo empresarial.

<sup>71</sup> Véase en el plan de actuaciones 2018 de la CNMC la Acción estratégica de la CNMC realizará las medidas oportunas para «reforzar las medidas de protección del consumidor en el ámbito de la electricidad, con particular atención a evitar prácticas abusivas en materia de captación de clientes y evitar la confusión en la imagen de marca entre distribuidor y comercializador», [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/CNMC/20180307\\_Plan\\_Actuacion%20\\_2018.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/20180307_Plan_Actuacion%20_2018.pdf).

<sup>72</sup> Véase nota de prensa de la CNMC de 16 de mayo de 2018, <https://www.cnmc.es/2018-05-16-la-cnmc-analiza-aspectos-de-las-relaciones-comerciales-de-las-empresas-de-gas-y>.

## B. EL COMERCIALIZADOR DE REFERENCIA PERTENECIENTE AL GRUPO INTEGRADO

*Medidas para evitar la creación de confusión en la información, presentación de marca e imagen de marca.*

La obligación de no confusión en la información y en la presentación de marca e imagen de marca fue ampliada en el ordenamiento jurídico nacional, además de para los distribuidores, también para las comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos verticalmente integrados.

Las comercializadoras de referencia tienen la obligación de suministrar electricidad y gas natural a un precio final regulado a aquellos consumidores que cumplan determinadas características, fundamentalmente, consumidores domésticos. Son consumidores sobre los cuales la legislación energética europea y nacional establecen un amplio ámbito de protección debido a sus características específicas, y en particular, su bajo consumo unitario y sus altos costes de información y de búsqueda de ofertas y suministrador.

Como se ha indicado anteriormente, la CNMC ha manifestado que introducirá las medidas oportunas, en el ámbito de sus competencias, para evitar que los grupos verticalmente integrados en el sector eléctrico generen confusión en el consumidor medio.

A ejemplo únicamente ilustrativo, en el siguiente gráfico se muestran los logotipos de las comercializadoras de referencia y de las comercializadoras pertenecientes a los principales grupos integrados verticalmente a fecha de realizar el presente artículo y que muestran la similitud de elementos comunes en la imagen de marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo en grupo.

### Logotipos de sociedades comercializadoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados verticalmente



Fuente: páginas y sitios web de sociedades pertenecientes a grupos verticalmente integrados a 19 de junio de 2018.



*Incoación de sancionadores por infracción art. 3 LDC. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*

A la fecha de elaboración de este artículo, la CNMC tiene incoado un expediente sancionador contra las comercializadoras de referencia de Endesa (Endesa Energía XXI, S. L. U.) y Gas Natural (Gas Natural S. U. R. SDG, S. A.) por presuntas prácticas anticompetitivas, en particular como infracción del art. 3 de la LDC.

El citado artículo tipifica como infracción de la LDC los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Como se indica en la nota de prensa del acuerdo de incoación de 20 de junio de 2017<sup>73</sup>, que no prejuzga el resultado final de la investigación, las comercializadoras de referencia de dichos grupos integrados habrían utilizado las facturas de los clientes de la tarifa de último recurso para publicitar los servicios ofrecidos por sus propias comercializadoras en el mercado libre y, de esta forma, atraer a los consumidores al propio grupo empresarial en detrimento del resto de competidores.

## V. NUEVAS OPORTUNIDADES PARA DINAMIZAR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS MINORISTAS DE GAS Y ELECTRICIDAD

A lo largo de este artículo se ha pasado revista a las diversas actuaciones de la CNMC en el ámbito de sus competencias para garantizar la competencia efectiva en los mercados minoristas de suministro de electricidad y gas natural y la protección del consumidor. Ello en un contexto en el que la propiedad vertical de grupos integrados, al menos en el sector gasista, está evolucionando hacia un marco de desintegración vertical.

A ello habría que añadir el impulso que ofrece el nuevo marco de transición energético europeo hacia una mayor utilización de energías generadas a partir de fuentes renovables para cumplir las obligaciones impuestas a la Unión por el Acuerdo de París sobre el clima y de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, para la entrada de agentes que podrán dinamizar los mercados de suministro de electricidad y gas.

Esta transición vendrá también impulsada desde el lado minorista, con grandes clientes industriales que demandan cada vez más suministrarse exclusivamente energía que provenga de fuentes renovables. De hecho, en 2017, los cuatro principales clientes industriales de energías renovables a nivel mundial fueron Google, Amazon, Microsoft y Apple<sup>74</sup>, los cuatro gi-

<sup>73</sup> [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20170630\\_NdP\\_incoaci%C3%B3nEndesayGasNatural\\_verFINAL.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20170630_NdP_incoaci%C3%B3nEndesayGasNatural_verFINAL.pdf).

<sup>74</sup> Fuente: Bloomberg New Energy Finance.

gantes digitales cuyos centros de datos se suministran cada vez más de fuentes renovables en detrimento de energías tradicionales más contaminantes. Para ello, en algunos casos, como el de Amazon en Virginia (Estados Unidos), están optando por suscribir acuerdos de compra de energía (los llamados *Purchasing Power Agreements* o PPAs). En otros casos, Apple, Amazon, Dow Chemical o Walmart han dado directamente el salto al mercado de generación mediante la adquisición de plantas solares y eólicas para su propio suministro desde fuentes renovables.

Pero la entrada en escena de estos grandes clientes industriales no queda ahí. Algunos ya han pedido autorización a las autoridades federales para poder comercializar el exceso de electricidad generada a través de sus propias centrales. En efecto, solo grandes operadores tienen la capacidad de entrar en la actividad de generación, pero la oportunidad de obtener energía limpia, a precios más competitivos y a través de un operador distinto del incumbente podría llegar también al resto de clientes industriales de menor tamaño en caso de que alguno de estos gigantes tecnológicos decida aprovechar su entrada en el mercado para agrupar a consumidores domésticos y suministrarles electricidad. Además, estas empresas pueden disponer de información sobre las necesidades multiproducto del cliente y, sobre todo, ya tienen un vínculo estable con el cliente por otros servicios ofrecidos. Esa información comercial tan valiosa podría animarles en un futuro a hacer ofertas de suministro eléctrico o de gas con un menor coste que un nuevo comercializador entrante en el mercado. Sin duda, la irrupción de estos potenciales comercializadores de gas y electricidad alteraría la tradicional estructura de concentración e integración vertical que ha caracterizado a estos mercados reforzando los efectos esperados del proceso de liberalización que se inició hace ya más de dos décadas.

Adicionalmente, en España, se están produciendo en los últimos meses algunos movimientos que conviene destacar. Por una parte, en los últimos años se ha producido la entrada de diversos fondos de inversión, principalmente en el negocio regulado de redes. Este fue el caso de la adquisición en 2010 por Morgan Stanley Infrastructure, Inc., de la rama de actividad de distribución de gas en 38 municipios de la Comunidad de Madrid perteneciente a Gas Natural SDG, S. A. (Operación C/0212/10 Morgan Stanley/Gas Natural-Activos Distribución)<sup>75</sup> o la adquisición por parte de The Goldman Sachs Group, Inc., ese mismo año del control exclusivo sobre Nubia 2000, S. L., sociedad que agrupaba a la mayor parte de los activos de distribución y transporte de gas de España de Endesa (C/0300/10 Goldman Sachs/Nubia)<sup>76</sup>.

En los últimos meses se está produciendo por parte de los tradicionales operadores en el sector de hidrocarburos líquidos la realización de movimientos empresariales para entrar en los mercados de gas y electricidad. Concretamente, Cepsa anunció a principios de 2018 el lanzamien-

---

<sup>75</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/c021210>.

<sup>76</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/c030010>.



to de su propia comercializadora de luz y gas para el mercado doméstico con el objetivo de convertirse también en uno de los principales operadores en el mercado minorista a la vez que prevé entrar próximamente en el mercado de generación a través de sus propios parques eólicos. Por su parte, Repsol ha anunciado la compra de determinados activos de generación y la cartera de clientes de Viesgo que está pendiente de las preceptivas autorizaciones administrativas, incluida la de la CNMC. Concretamente, Repsol prevé hacerse con 2.350 MW de capacidad de generación (hidráulica y ciclos combinados) que se unirán a los activos de generación que ya posee y una cartera de 750.000 clientes de gas y electricidad. Pero, tal y como ha anunciado públicamente Repsol, su objetivo es alcanzar 2,5 millones de clientes minoristas de gas y electricidad en 2025 y una capacidad de generación baja en emisiones de alrededor de 4.500 MW.

Este movimiento de estos operadores no es exclusivo del mercado español. El año pasado la francesa Total adquirió el control de la comercializadora Direct Energie, que cuenta con 2,6 millones de clientes y 1.400 MW en activos de generación. Ya en 2016, Total adquirió la belga Lampiris, una comercializadora de gas y electricidad con 760.000 clientes. Otros operadores como Shell o BP también han empezado a adquirir participaciones en comercializadoras de gas y electricidad, diversificando su negocio tradicional de hidrocarburos líquidos.

En definitiva, las petroleras están iniciando y consolidando una serie de movimientos en los mercados de generación y suministro que supondrán la creación de nuevos operadores relevantes en estos mercados. En muchos casos, se mantiene cierta integración vertical entre generación/aprovisionamiento y suministro, pero la ausencia de integración con las redes de distribución podría favorecer un comportamiento más competitivo de estos mercados, si bien habrá que esperar a ver su desarrollo para poder confirmar esta posibilidad teórica en la práctica.

A esta entrada de agentes en el mercado minorista también debe añadirse que el desarrollo tecnológico de los contadores inteligentes posibilitará que los consumidores se involucren de una forma más activa en la gestión de su demanda. Los incentivos de los consumidores para variar su consumo como respuesta a los cambios de precios, a través de señales de precios en tiempo real estimularán su participación. Con el objetivo de que los consumidores se beneficien de las nuevas oportunidades económicas, la Comisión Europea ve necesario disponer de acceso a sistemas inteligentes, a ofertas con precios dinámicos y al ajuste de su propio consumo en función de las señales de precios. La respuesta de la demanda, la actuación más activa de los consumidores, individualmente o a través de agregadores<sup>77</sup>, así

---

<sup>77</sup> La propuesta de medidas legislativas de la CE define como «cliente activo»: un cliente o un grupo de clientes que actúan conjuntamente, que consumen, almacenan o venden electricidad generada en sus instalaciones, incluso a través de agregadores, o participan en la respuesta de la demanda o en planes de eficiencia energética, siempre que estas actividades no constituyan su principal actividad comercial o profesional; y «agregador»: un participante en el mercado que combina múltiples cargas

como la incentivación por el uso del comparador de ofertas de la CNMC por los consumidores domésticos<sup>78</sup>, son y serán elementos dinamizadores de los mercados minoristas de electricidad y gas natural, por parte de la demanda.

---

de clientes o electricidad generada para su venta, compra o subasta en cualquier mercado de la energía organizado.

<sup>78</sup> Véase comparador de ofertas de electricidad y de gas natural de la CNMC (<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/energia/comparador-ofertas-energia>).