

RESOLUCION
(Expte. S/0003/07, E.On)

Consejo:

Sres.:

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

En Madrid, a 8 de Noviembre de 2011.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0003/07, incoado contra E.On Distribución, S.L., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de agosto de 2007 tuvo entrada en el extinto Servicio de Defensa de la Competencia escrito de D.XXX, ex-presidente de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE), formulando denuncia contra Electra de Viesgo Distribución, S.L., (actualmente E.On Distribución, S.L.), por supuesta infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. Denuncian dos conductas (folios 1-54).

- La primera de las conductas (en adelante Primera Conducta) consistiría, según la denunciante, en el *“hecho de que la Compañía Distribuidora de energía eléctrica pueda ejecutar instalaciones eléctricas aprovechándose de la posición dominante como suministrador de electricidad, impidiendo al resto de empresas de instalaciones eléctricas presentes en el mercado competir en una situación de mínima igualdad de condiciones”*. Considera la denunciante que esta conducta es similar a la sancionada en la Resolución 606/2005, de 14 de diciembre de 2006, en relación a Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U.
 - La segunda de las prácticas denunciadas (en adelante Segunda Conducta) se refiere al servicio de atención a los clientes de la que fuera Electra de Viesgo Distribución, S.L., y que se mantiene operativo en la actualidad, que se ofrece en los denominados “Puntos de Servicio (PDS)”. Estos PDS se localizan físicamente en los locales de empresas instaladoras, siendo éstas las que, por cuenta de E.On, llevan a cabo dos tipos de actuaciones: gestiones de atención al cliente y gestiones de carácter técnico. Esta doble naturaleza de las empresas que gestionan un PDS, empresas instaladoras, de un lado, y representantes de la compañía distribuidora, por otro, sitúan a éstas, según la denunciante, en una situación de privilegio frente a las restantes empresas instaladoras, distorsionando con ello la competencia.
2. Tras solicitar, en abril de 2009, información a las partes para clarificar las características de la conducta el 3 de diciembre de 2009, a la vista de la información obtenida, y considerando que existían indicios racionales de la comisión, por parte de E.On, de una infracción de los artículos 6 de la Ley 16/1989 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (B.O.E. del 7), de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Dirección de Investigación (en adelante DI) incoó expediente sancionador contra E.On, con el número S/0003/07, notificándolo a las partes (folios 112-126).
 3. Con fecha 12 de abril de 2010 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de E.On proponiendo acuerdo de inicio de la Terminación Convencional sobre la totalidad del procedimiento sancionador o, en su defecto, solicitando la apertura del procedimiento de Terminación Convencional respecto a la Segunda Conducta, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) (folios 351-352).

4. A la vista de la información obrante en el expediente, considerando que existía margen para que la denunciada adoptara compromisos en relación a la Segunda Conducta, por Acuerdo de la Directora de Investigación de fecha 26 de abril de 2010, se desglosaron del expediente de referencia las actuaciones relativas a la Segunda Conducta y se incorporaron al nuevo expediente S/0255/10, y se acordó el inicio de la Terminación Convencional en relación a la citada Segunda Conducta. Por Resolución de 30 de noviembre de 2010 el Consejo declaró adecuados los compromisos propuestos por E.On para resolver los posibles problemas de competencia, cerrando así el procedimiento respecto a dicha conducta.
5. Con fecha 22 de septiembre de 2010, se dedujo testimonio del expediente 2795/07, *Hidrocantábrico Instalación*, incorporando copia de determinada información necesaria para la adecuada instrucción del expediente en relación a la definición del mercado geográfico de las instalaciones eléctricas (folios 459-462).
6. Con fecha 4 de octubre de 2010 la DI notificó a la partes el Pliego de Concreción de hechos (PCH), imputando a E.On de utilizar su posición de dominio en el mercado de redes de distribución de Cantabria, Galicia, Castilla y León y Asturias para distorsionar la competencia en el mercado conexo de instalaciones eléctricas.
7. El 5 de octubre de 2010 la DI solicitó a la Comisión Nacional de la Energía (CNE) el informe a que se refiere el artículo 17.2, letra d) de la LDC, suspendiendo en dicha fecha el plazo máximo de resolución y notificándolo a los interesados (folio 564). La petición de informe fue reiterada el 27 de octubre de 2010 y fue recibido finalmente en la CNC el 23 de diciembre de 2010, levantándose en consecuencia la suspensión de plazo.
8. El 2 de noviembre de 2010 se recibieron las alegaciones de E.On al PCH.
9. Con fecha 26 de enero de 2001 la DI procedió al cierre de la instrucción y la notificó a las partes.
10. Los días 1 y 3 de febrero la DI notificó a FENIE y E.On, respectivamente, la Propuesta de Resolución.
11. Las alegaciones de E.On a la PR tuvieron entrada en la CNC el 21 de febrero de 2011.
12. Concluida la instrucción, la DI con fecha 22 de febrero de 2011 elevó al Consejo el Informe y Propuesta de Resolución en versión confidencial y censurada así como el expediente completo.
13. De acuerdo con el artículo 37, 2. c) de la LDC con fecha 10 de junio de 2011 se suspende el computo del plazo para resolver, por remisión a la

Comisión de la Propuesta de Resolución en aplicación del artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en el Tratado. Se levanta la suspensión el día 11 de julio de 2011.

14. Por Acuerdo de 22 de julio de 2011 y sobre la base de la solicitud de pruebas presentada por E.On, el Consejo ordena a la DI que solicite a E.On la identificación del punto de conexión en los informes de acceso y conexión que obran en el expediente, suspendiendo plazo. El 22 de agosto de 2011, E.On remitió la identificación del punto de conexión en veinte expedientes del total de los que se le habían solicitado y el 6 de septiembre de 2011 presentó su valoración sobre lo remitido. La suspensión del plazo para resolver el expediente se levanta una vez completada las actuaciones con fecha 13 de Septiembre de 2011.
15. El Consejo finalizó la deliberación y fallo de la presente resolución el día 2 de noviembre de 2011.
16. Son interesados:
 - E.On Distribución S.L.
 - Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE).

HECHOS PROBADOS

A. **LAS PARTES.**- La DI hace la siguiente descripción de las partes.

1. **Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE).**- FENIE es una federación que agrupa un total de 13.000 empresas legalmente habilitadas para el desarrollo de la actividad de instalaciones eléctricas en toda España (80% del total) y a la que pertenecen 47 asociaciones provinciales y autonómicas. Sus fines fundamentales según el artículo 6 de sus Estatutos son entre otros, coordinar, informar y estudiar las condiciones técnicas, económicas, sociales y formativas de las empresas instaladoras, establecer y fomentar contactos entre las empresas y asociaciones y la representación y defensa de la profesión, de las asociaciones y del sector (folios 1-3).
2. **E.On Distribución, S.L. (E.On).**- E.On Distribución, S.L. es una filial de E.On España, S.L., que a su vez se integra en el Grupo E.On, dedicada a la distribución de energía eléctrica en las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias, Castilla y León y Cantabria, donde la compañía cuenta

con una infraestructura de unos 29.500 km de red para dar servicio a una base de más de 650.000 clientes. Las líneas de negocio de E.On España comprenden todas las actividades propias del sector eléctrico: Opera en los mercados liberalizados de generación y comercialización y en el mercado regulado de distribución de energía eléctrica.

B. MARCO NORMATIVO EN EL QUE SE DESARROLLA LA CONDUCTA.

- 3. Marco general-**El sector de la electricidad en España viene regulado por la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (LSE) y su normativa de desarrollo. El artículo 39.1 de la LSE define la actividad de distribución como *“el transporte de electricidad por las redes de distribución con el fin de suministrarla a los clientes”*. Según el artículo 9 de la LSE, los distribuidores *“son aquellas sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo”*.

De acuerdo con el artículo 39 de la LSE, los distribuidores son los gestores de las redes de distribución que operen. Como gestores de las redes son responsables de la explotación, el mantenimiento y el desarrollo de su red de distribución, así como, en su caso, de sus interconexiones con otras redes, y de garantizar que su red tenga capacidad para asumir, a largo plazo, una demanda razonable de distribución de electricidad.

Según indica la exposición de motivos de la LSE, *“El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red. Asimismo, para garantizar la transparencia de esta retribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución económica”*.

Lo anterior se plasma en la configuración de la distribución como actividad regulada (art. 11 LSE), en la prohibición para las sociedades distribuidoras de desarrollar actividades no reguladas y en la independencia contable, legal y funcional de las sociedades distribuidoras

de su matriz en caso de que ésta realice actividades no reguladas (arts. 14 y 20 LSE), en la regulación de la retribución a la actividad de distribución (art. 16 LSE) y de los peajes de acceso a las redes (art. 17 LSE) y en la prohibición de discriminación en el acceso de terceros a las redes (art. 42 LSE).

- 4. Normativa del mercado de instalaciones eléctricas.** El artículo 41 de la LSE establece las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras, entre las que destaca la de *“Atender en condiciones de igualdad las solicitudes de acceso y conexión a sus redes y formalizar los contratos de acceso de acuerdo con lo establecido por la Administración”*. El artículo 42 de la LSE dispone que *“Para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente”*.

Las condiciones y procedimientos para la conexión de los consumidores a las redes de distribución se desarrollan en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones eléctricas. El régimen de conexión ha sido parcialmente modificado por el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica.

El RD 1955/2000 en sus artículos 44, 45, 47 y 50 clasifica en actividades de extensión y de enganche los trabajos necesarios que permiten la conexión a la red de distribución así como el resto de trabajos que debe realizar la distribuidora y los regula:

a) **Instalaciones de extensión:** Incluyen todas las infraestructuras eléctricas entre la red de distribución existente y el primer elemento propiedad del solicitante que es preciso realizar al solicitar un nuevo suministro o ampliar uno ya existente. El RD 1955/2000 diferencia dos tipos de instalaciones de extensión en función de la potencia y la calificación urbana del suelo:

- Instalaciones de extensión con potencia solicitada no superior a 50kW en baja tensión (BT) o a 250kW en alta tensión (AT), cuando el suministro se ubique en suelo urbano que tenga la condición de solar: corresponden a la empresa distribuidora, que está obligada a su realización y por la cual tiene derecho al cobro de los derechos de extensión regulados (Artículo 45 del RD 1955/2000).
- Instalaciones de extensión que se ubiquen en suelo urbano pero que sobrepasen los límites de potencia anteriores, y aquéllas que se

ubican en suelo urbano sin condición de solar, suelo urbanizable y suelo no urbanizable: su realización corresponde al propietario/solicitante a su costa (Artículo 45 del RD 1955/2000).

b) **Operación de enganche:** Operación de acoplamiento eléctrico de la instalación receptora propiedad del usuario a la red de la empresa distribuidora, que deberá realizar esta operación bajo su responsabilidad, por la cual el consumidor deberá abonar a la empresa distribuidora el correspondiente derecho regulado (Artículo 50 del RD 1955/2000).

c) **Otras operaciones reguladas:** Existen otras operaciones necesarias para proceder al suministro de electricidad al solicitante cuya realización está reservada a la distribuidora y que, en su caso, pueden dar lugar al pago de derechos regulados. Entre estas actividades se encuentran el acceso, la conexión y la verificación de instalaciones.

El RD 222/2008 modifica al RD 1955/2000 en lo relativo a las actividades de **extensión**. Así, los artículos 9 y 10 de este RD distinguen entre dos tipos de instalaciones de extensión de la red de distribución:

- **Extensión natural de la red:** *Se denomina extensión natural de las redes de distribución a los refuerzos o adecuaciones de las instalaciones de distribución existentes a las que se conecten las infraestructuras necesarias para atender los nuevos suministros o la ampliación de los existentes, que respondan al crecimiento vegetativo de la demanda. Dichas infraestructuras deben ser realizadas y costeadas por la empresa de distribución responsable de las mismas en la zona y se reconocen en la retribución correspondiente a cada distribuidor. A estos efectos, se entiende por crecimiento vegetativo de la demanda el aprobado por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla en los planes de inversión y desarrollo de las redes propuestos por las empresas distribuidoras.*
- **Instalaciones de nueva extensión de red:** *Se denominan instalaciones de nueva extensión de red a las instalaciones o infraestructuras de red que sea necesario realizar para la atención de solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, que no respondan a crecimientos vegetativos de la demanda, desde la red de distribución existente hasta el primer elemento propiedad del solicitante, en las condiciones reglamentarias de seguridad, fiabilidad y calidad de servicio. Dentro de las instalaciones de nueva extensión de red, el RD 222/2008 distingue dos categorías:*
 - *Las instalaciones de nueva extensión de red necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta*

100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión, en suelo urbanizado que con carácter previo a la necesidad de suministro eléctrico cuente con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística (definidos según la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo), serán realizadas por la empresa distribuidora de la zona, dando lugar a la aplicación de los correspondientes derechos de extensión siempre que no estén incluidas dentro de un plan de inversión.

- *Para el resto de instalaciones de nueva extensión necesarias para atender las solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, el coste será por cuenta de sus solicitantes, sin que proceda el cobro de derechos extensión.*

5. Caracterización del mercado y obligaciones del distribuidor.- Sobre la base de la normativa vigente la DI concluye lo siguiente respecto a la caracterización del mercado y a las obligaciones de los distribuidores ante una solicitud de suministro de energía:

“Por tanto, las instalaciones de extensión de red pueden clasificarse entre las reservadas a la distribuidora (enganche, acceso, conexión, verificación y, en determinados supuestos, extensión) y las no reservadas a la distribuidora (extensión en determinados supuestos). Cuando hay instalaciones no reservadas a la distribuidora, el solicitante del suministro puede contratar para su ejecución a cualquier instalador autorizado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 del RD 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión. En todo caso, si un instalador ajeno a la distribuidora realiza las instalaciones de extensión, la distribuidora de la zona debe realizar las labores de acceso, conexión, enganche y verificación, asegurando que la instalación cumpla con los requisitos exigidos por la normativa y los específicos de cada red de distribución (Art. 41.2.d de la LSE, art. 43 del RD 1955/2000 y art. 14 del RD 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión).

De acuerdo con el artículo 103.2.A del RD 1955/2000, tras recibir una solicitud de suministro de energía eléctrica, la empresa distribuidora de la zona debe analizar dicha solicitud y enviar al solicitante dentro de los plazos previstos el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para atender la solicitud de suministro. En particular, el citado artículo dispone que “(...) Las empresas distribuidoras, dentro de los plazos anteriormente indicados, facilitarán por escrito a los solicitantes la justificación

detallada de los derechos de acometida a liquidar (...)". Los derechos de acometida, definidos en el artículo 44 del RD 1955/2000, incluyen los derechos de extensión (contraprestación económica a pagar por solicitante de un nuevo suministro, o de la ampliación de potencia de uno ya existente, por las instalaciones de nueva extensión de red que sean responsabilidad de la empresa distribuidora) y los derechos de acceso (cuyo abono procede, en todo caso, por la incorporación a la red del nuevo suministro). En todo caso, los derechos de acometida son derechos regulados. El RD 1955/2000 establece en su art. 44.2 que "los derechos de acometida serán únicos para todo el territorio nacional", mientras que el art. 10 del RD 222/2008, que modifica el anterior, determina que las cantidades a pagar por los derechos de acometida sean fijadas por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla dentro de un margen del +/- 5% de los derechos establecidos en la orden ministerial que fije el régimen económico de tales derechos.

El art. 9 del RD 222/2008 se refiere también a las condiciones técnico-económicas al señalar que, en todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red, el gestor de la red de distribución debe determinar las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica. Además, indica en su tercer apartado que, en el caso de instalaciones de extensión de ejecución por cuenta del solicitante, el coste será por cuenta del solicitante, en base a las condiciones técnicas y económicas, sin que proceda el cobro de derechos de extensión".

C. HECHOS ACREDITADOS

6. En la fase de instrucción ante la DI se han acreditado los hechos recogidos en el PCH que se transcriben a continuación una vez corregida alguna errata detectada por E.On en la fase de alegaciones entre ellas el periodo de investigación, a partir del año 2001:

(24) ***E.On opera en el mercado de la distribución de energía eléctrica en Cantabria en régimen de práctico monopolio ([80-90] % de cuota), así como en determinadas zonas de distribución en Galicia, Asturias y Castilla y León. Como titular de la red de distribución eléctrica, E.On ha de atender las peticiones de proporcionar a todo nuevo usuario que lo requiera el suministro de energía en las zonas donde se extiende su red, en los términos reglamentarios previstos, de acuerdo al artículo 41.1.i. del RD 1955/2000.***

- (25) Los interesados en obtener un nuevo suministro de energía eléctrica o ampliar uno ya existente deben efectuar las peticiones a E.On, disponiendo de cinco vías para realizar dicha solicitud: vía telefónica, presencialmente en las oficinas de E.On o en los Puntos de Servicio (PDS), a través de la página Web y mediante carta (folio 380). Para realizar dicha solicitud se requieren los siguientes datos (folios 379):
- Datos generales:
 - Solicitante: Persona física o jurídica que solicita el suministro, en nombre propio o por cuenta del cliente. No tiene por qué ser el que finalmente lo contrate. Nombre, dirección, teléfono, DNI.
 - Cliente: Nombre, dirección, teléfono, DNI.
 - Dirección de suministro.
 - Datos técnicos: Objeto de la solicitud, subsector de actividad, potencia solicitada y tipo de tensión.
- (26) Una vez recibida la solicitud, E.On debe evaluarla y remitir en respuesta las condiciones técnico-económicas. A este respecto, se ha analizado la forma de actuar de E.On en el periodo 2000-2009, cuyos rasgos principales se describen a continuación.
- a) Contenido de las respuestas de E.On a las solicitudes de suministro
- (27) E.On, recibida la solicitud, envía al solicitante (sea éste el cliente final o un instalador electricista) el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas (folios 5 y 103). En caso necesario para tramitar la solicitud, el personal interno de E.On contacta con el solicitante para proceder a realizar una visita con el fin de evaluar los requisitos necesarios para llevar a cabo la conexión (folio 380).
- (28) En sus respuestas a las solicitudes de suministro, E.On incluye siempre un presupuesto para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el suministro. En la contestación al requerimiento de información de 7 de abril de 2009, se indica (folio 106, subrayado añadido):
- “En todos los casos en que, de conformidad con el Real Decreto 1955/2000 y normas posteriores, la instalación deba ser realizada a costa del solicitante, E.On le remite un presupuesto informativo para la ejecución de los trabajos necesarios para realizar dicha instalación.”

“Salvo que el solicitante haya manifestado su voluntad de realizar por sus propios medios las infraestructuras que le corresponden, el presupuesto incluye tanto los trabajos a ejecutar obligatoriamente por E.On como el resto de los trabajos que el solicitante puede contratar con cualquier instalador eléctrico homologado.”

- (29) *Por tanto, cuando la conexión implica la realización de trabajos no reservados a la distribuidora, E.On remite siempre una relación de los materiales y trabajos necesarios y un presupuesto que incluye la totalidad de la obra a realizar (incluyendo la parte no reservada a la distribuidora), salvo que el cliente manifieste expresamente su voluntad de realizar por su cuenta las obras que no están reservadas a la distribuidora. E.On no especifica en sus cartas de respuesta a las peticiones de suministro de energía eléctrica que la totalidad (o al menos una parte) de la instalación puede ser ejecutada por el solicitante (folios 89-91 y 93-96). De hecho, la utilización de expresiones tales como “se hace necesaria por parte de esta Empresa (...)”, “(...) a instalar por esta Sociedad (...)” parece indicar al solicitante que E.On es la única empresa habilitada para la ejecución de los trabajos, pese a reconocer que “en principio, en todos los casos en los que E.On realizó los trabajos, éstos podrían haber correspondido a cualquier instalador eléctrico” (folio 108).*
- (30) *La forma de actuar descrita en el párrafo anterior es admitida por la denunciada en contestación al requerimiento de información de 7 de abril de 2009 (folio 106) al señalar que, aunque no obliga al solicitante a contratar los trabajos con E.On, siendo libre de realizarlo con cualquier instalador, siempre se aporta un presupuesto sobre la totalidad de la obra, y se corrobora con los documentos aportados por la denunciada en contestación al apartado 6 del requerimiento de 8 de abril de 2010 (folio 419 CD).*
- b) Grado de aceptación de los presupuestos de instalación remitidos por E.On*
- (31) *Entre los años 2001 y 2009, E.On atendió [...] peticiones de suministro que incluían trabajos de conexión. De ellas, cerca de un [30-40%] conlleva exclusivamente trabajos de conexión de ejecución reservada a la distribuidora. En todos los demás suministros, que incluían trabajos de conexión no reservados a la distribuidora (puede incluir obras reservadas a la compañía distribuidora por motivos de seguridad de red y calidad de suministro) E.On envió presupuesto para la ejecución de la totalidad de las obras de conexión (las*

reservadas y las no reservadas), siendo las no reservadas aceptadas en un [90-100%] de los casos (folios 438-443).

AÑO	PETICIONES SUMINISTRO TRAMITADAS*		ENVÍO PRESUPUESTO	PRESUPUESTO ACEPTADO
2001	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2002	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2003	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2004	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [40-50]	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [50-60]	[...] [90-100]%
2005	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2006	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2007	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [20-30]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2008	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [90-100]%
2009	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	n.a
		Ejecución Solicitante	[...] [60-70]%	[...] [60-70]%

* De las peticiones totales se excluyen las que no llevaban aparejadas costes de acometida para el cliente. Fuente: E.On

- (32) *La facturación de E.On por la ejecución de instalaciones de extensión de la red de distribución en cada uno de los años considerados asciende según últimos datos aportados por E.On en sus alegaciones de 21 de febrero de 2011, (folio 1020):*

INGRESO DE OBRAS EXTENSION DE PRESUPUESTOS NO RESERVADAS A LA DISTRIBUIDORA (miles de euros)	
AÑO	TOTAL
2001	[...]
2002	[...]
2003	[...]
2004	[...]
2005	[...]
2006	[...]
2007	[...]
2008	[...]
2009	[...]
Total	[...]

Fuente: E.On

- (33) *E.On no realiza directamente las obras de instalación, sino que las subcontrata a empresas instaladoras a través de un sistema de licitación por concurso, en el que se tienen en cuenta dos factores acumulativos: Mejor oferta económica y calidad técnica (folio 104). Las contrata actuales para la ejecución de instalaciones en las redes de Media y Baja Tensión son las siguientes: S.E. de Montajes Industriales, S.A., Elecnor, S.A., y Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. Estas empresas se limitan a la ejecución material de la obra, aportando E.On los materiales estratégicos necesarios y realizando todo un conjunto de trabajos adicionales (gestión y supervisión de los trabajos, vigilancia, control, obtención de permisos y legalizaciones, etc.) (folio 385).*
7. Para mejor valorar la posición de E.On en el mercado de distribución de energía eléctrica y en el mercado conexo de instalaciones eléctricas la DI aporta la siguiente información sobre las cuotas por CC AA y provincias en las que E.On tiene red de distribución:
- (82) *La cuota de mercado de la distribuidora es del 100% en cada una de las zonas de distribución en que opera. Distinguiendo entre las Comunidades Autónomas en que opera, a efectos de considerar una mayor repercusión de su conducta cuanto mayor sea la concentración de cuota, las cuotas de mercado en 2008 por número de abonados serían:*

CUOTA DE MERCADO DE E.ON EN EL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN POR PROVINCIAS	
<i>Cantabria</i>	
Cantabria	93%
<i>Galicia</i>	
Lugo	64%
<i>Castilla y León</i>	
Burgos	3%
Palencia	20%
<i>Principado de Asturias</i>	
Asturias	12%

Fuente: Estadística de la Industria de Energía Eléctrica 2008 (MITYC)

- (83) En el mercado de instalaciones de extensión no reservadas la cuota de E.On en sus zonas de distribución fue de un [90-100] % de media en los últimos 6 años. En la medida en que los efectos de la conducta de E.On se concentran fundamentalmente en las zonas de distribución en que opera y en las zonas limítrofes, la cuota de mercado relevante es la referida a sus zonas de distribución. La siguiente tabla nos muestra las cuotas desagregadas por año y en sus zonas de distribución en cada Comunidad Autónoma:

CUOTA DE MERCADO DE E.ON EN EL MERCADO DE INSTALACIONES DE EXTENSIÓN NO RESERVADAS EN SU ZONA DE DISTRIBUCIÓN POR CC.AA.					
Año	Cantabria	Castilla y León	Asturias	Galicia	Total
2001	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
2002	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
2003	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
2004	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
2005	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	-	[90-100]%
2006	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	-	[90-100]%
2007	[90-100]%	[80-90]%	[90-100]%	-	[90-100]%
2008	[80-90]%	[80-90]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
2009	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[40-50]%	[60-70]%

Fuente: E.On

8. Asimismo y sobre los datos aportados por E.On el Informe y propuesta de resolución (IPR) recoge los siguientes gráficos de la evolución de las obras realizadas por E.On en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor en su red de distribución:

[...]

Fuente: E.On

[...]

Fuente: E.On

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto y Normativa de aplicación.- El Consejo debe pronunciarse en el presente expediente, sobre la base de la propuesta de la DI, si E.On ha cometido un abuso de posición de dominio en su actuación en el mercado de instalaciones en su respuesta a los clientes demandantes de nuevos suministros o de ampliación de potencia de los existentes, en el periodo que va desde el año 2001 al 2009.

Las conductas que se prolongan en el tiempo se han desarrollado según la DI, tanto bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, como bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Ahora bien, respecto a la conducta imputada, abuso de posición de dominio, los artículos 6 y 2 respectivamente de ambas normas la prohíben en idénticos términos, “*la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”.

Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de Defensa de la Competencia. En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), el Consejo ha resuelto que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto.

En el presente supuesto y dado que a juicio del Consejo no es posible afirmar que la Ley 15/2007, sea más favorable que la Ley 16/1989 para la empresa imputada, debe ser ésta última la Ley sustantiva aplicable a la conducta en cuanto a su calificación y sanción.

La DI, considerando que se trata de conductas que tienen aptitud para afectar al comercio intracomunitario imputa asimismo una infracción del art. 102 TFUE. El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al igual que la LDC, prohíbe el abuso de posición dominante, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros.

El Consejo coincide con la DI en la posibilidad de afectación de los intercambios por cuanto las prácticas analizadas pueden obstaculizar el acceso al mercado nacional, o a una parte del mismo, la zona de distribución de E.On en Cantabria, Galicia, Asturias y Castilla-León, a toda aquella empresa instaladora de electricidad, nacional o comunitaria, que pretenda ofertar dichos servicios de instalación. Por otra parte, este tipo de prácticas tiene aptitud para compartimentar las condiciones de competencia en el mercado de la instalación a escala nacional, que constituye un parte sustancial del mercado comunitario. Por tanto en aplicación del artículo 3 del Reglamento del Consejo, 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de Competencia del Tratado, es obligado aplicar la norma comunitaria junto a la nacional.

SEGUNDO. Imputación de la DI.- La Dirección de Investigación propone al Consejo que declare que E.On ha infringido la LDC y el TFUE porque desde una posición de dominio ha llevado a cabo conductas *“consistentes en enviar presupuestos de realización de las instalaciones no reservadas al distribuidor y no proporcionar toda la información sobre las condiciones técnico-económicas requerida por la normativa en respuesta a las solicitudes de suministro a su red de distribución (nuevo punto de suministro o modificación del existente) que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor”*.

Imputa por tanto la DI a E.On una infracción de la LDC llevada a cabo mediante actuaciones realizadas desde la posición que le confiere el monopolio que tiene en su red de distribución, y que son:

- enviar a los solicitantes de un acceso al suministro de su red de distribución (nuevo punto de suministro o modificación del existente) los presupuestos de realización de las instalaciones que no están reservadas al distribuidor y que por tanto puede hacerlas cualquier instalador, en el momento en que comunica la información de nuevos suministros a que le obliga la normativa,y
- no proporcionar, por el contrario, toda la información sobre las condiciones técnico-económicas requeridas por la normativa en respuesta a dichas solicitudes, información que es necesaria para que otro instalador pueda realizar los trabajos no reservados al distribuidor.

En resumen, para la DI, la empresa E.On valiéndose de la posición de dominio que le da el control y monopolio de su red de distribución en Cantabria, Galicia, Asturias y Castilla-León, ha cometido un abuso en el mercado conexo de instalaciones eléctricas de extensión no reservadas al distribuidor, conducta que estaría prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989 (y el artículo 2 de la Ley 15/2007) y por el artículo 102 del TFUE.

Como bien dice la DI, la infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE requiere que se cumplan dos condiciones: *“que el infractor ostente una posición de dominio y que, utilizando dicho dominio, su comportamiento sea abusivo”*.

La posición de dominio, cuya definición se apoya en la doctrina y la jurisprudencia, no se define en abstracto, sino en relación a un mercado o mercados relevante.

Mercados relevantes.-

Siguiendo la Comunicación de la Comisión sobre la definición de Mercado relevante (Comunicación relativa a la definición del Mercado Relevante. DO C 372/5 de 9 de diciembre de 1997) y la RTDC de 14 de diciembre de 2006 (Expte 606/05 ASINEM/ENDESA), la DI considera que las actividades de distribución de energía eléctrica y las de instalaciones eléctricas forman parte de mercados de producto diferenciados.

El mercado de la distribución de energía eléctrica, que por imperio de la Ley compete en exclusiva a las empresas distribuidoras, comprende todas aquellas actividades que tienen la función de hacer llegar la energía desde la red de transporte de alta tensión hasta los consumidores finales y su ámbito geográfico es local/regional, y coincide con la extensión de la red de distribución: para el consumidor final, puesto que el suministro a través de una red de distribución no es sustituible por el suministro a través de otra red. En este caso el ámbito geográfico relevante puede definirse como la red de distribución de E.On en Cantabria, Galicia, Asturias y Castilla-León. Los consumidores conectados a la red de E.On no pueden conectarse a otra red (no existe posibilidad de sustitución).

Por lo que se refiere al mercado de instalaciones eléctricas comprende la realización de las obras necesarias (acometida, enganche, conexión, etc.,) para la conexión de la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales.

Y a diferencia del mercado de distribución eléctrica, reservado en exclusiva al distribuidor que tiene asignada la red, en la ejecución de las instalaciones eléctricas hay dos ámbitos según la Ley:

- las instalaciones reservadas al distribuidor, en las que éste viene obligado a su realización y el precio a satisfacer por los usuarios está regulado (derechos de extensión, derechos de enganche, etc.) por lo que estas transacciones son parte integrante de la actividad de distribución (y del mercado de redes de distribución), como lo confirma la Audiencia Nacional, en su Sentencia 34/2007 de 21 de abril de 2008, por la cual se confirma la Resolución 606/05, y
- las instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor cuya prestación es y debe estar abierta a todos los instaladores y que no debe ser controlada por los distribuidores desde la posición que les da

Por lo que se refiere al ámbito geográfico, a diferencia de la red de distribución y de las instalaciones atribuidas al distribuidor, el mercado de instalaciones no reservadas al distribuidor la DI lo define, a efectos del presente expediente, como nacional.

En consecuencia la DI concluye y el Consejo está de acuerdo, que en consonancia con la citada Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 (expte. 606/05), confirmada por la Audiencia Nacional, en este expediente tenemos dos mercados conexos, porque, *“guardan una íntima relación, dado que el suministro físico de electricidad que se lleva a cabo a través de las redes de electricidad requiere de la realización de instalaciones de conexión, y es el distribuidor quien comunica por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnicas en las que deben realizarse las instalaciones de conexión que son por cuenta de éste”*, que son: a) el mercado de redes de distribución, delimitado a Cantabria, y a determinadas zonas de distribución de Asturias, Galicia y Castilla-León, y b) el mercado de instalaciones eléctricas de ejecución por cuenta del solicitante o no reservadas al distribuidor, que la DI define de dimensión nacional y que el Consejo considera que, algunas de las circunstancias observadas podrían sugerir delimitaciones de este mercado de ámbitos locales o regionales.

La posición de dominio.-

Dice la DI y el Consejo coincide con esta apreciación que:

“En el mercado de la distribución eléctrica, es indiscutible la existencia de una posición de dominio de E.On determinada por la propia regulación del sector eléctrico, que además es patente también en atención a la cuota de mercado que alcanza en Cantabria, cercana al [80-90]%. ”

En el mercado nacional de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor no se aprecia la existencia de posiciones de dominio, si bien la empresa distribuidora se encuentra en una situación de clara

ventaja comercial y económica, al tener conocimiento de todas las solicitudes de suministro eléctrico en su red (y con ello de la necesidad/voluntad inminente de los consumidores de ejecutar una instalación de extensión). En todo caso, la doctrina de los mercados conexos no requiere dominancia en los dos mercados conexos sino tan sólo en aquél desde el cual se puede ejercer la influencia y aprovecharse para entrar en el otro mercado, pudiendo expulsar a los competidores.”

El abuso.-

Como bien dice la DI, la normativa vigente distingue dos grandes categorías de obras de instalación: las reservadas al distribuidor de energía y las de ejecución por cuenta del cliente (no reservadas al distribuidor). En las primeras, la ejecución no sólo está reservada al distribuidor, sino que, además éste está obligado a su realización, a cambio de lo cual percibe los derechos de extensión regulados.

Cuando el cliente quiere dar de alta un nuevo suministro o ampliar la potencia de uno ya existente, necesita contactar con el distribuidor de su zona y solicitarle el suministro. El cliente puede hacer tal solicitud personalmente o por medio de un representante: un instalador, por ejemplo, puede solicitar el suministro por cuenta de un cliente. De acuerdo con la normativa vigente (art. 44.1.a del RD 1955/2000 y art. 9.2 del RD 222/2008), en estos casos el instalador es quien tiene la consideración de “solicitante”.

Y concluye la DI,

“Por tanto, la normativa obliga al distribuidor, en el caso de obras de ejecución por cuenta del solicitante, a facilitar los datos técnicos del punto de suministro al solicitante, a efectos de que éste pueda acudir a cualquier instalador que le satisfaga, y a detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora. Según la normativa, la información a proporcionar por la distribuidora ante una petición de suministro debe ser:

En caso de instalaciones de ejecución por cuenta de la distribuidora: Punto de conexión, solución de alimentación eléctrica y condiciones técnico-económicas. Estas últimas deben contener tanto la información técnica necesaria como los derechos de acometida a satisfacer a la distribuidora.

En caso de instalaciones de ejecución por cuenta del solicitante: Punto de conexión, solución de alimentación eléctrica y condiciones técnico-económicas. Estas últimas deben contener tanto la información técnica

necesaria como, en su caso, los derechos de acometida (distintos a los derechos de extensión) a satisfacer a la distribuidora”.

Teniendo en cuenta lo anterior la DI considera fehacientemente acreditado que E.On no cumplía dichas obligaciones en sus términos, por lo que hace la siguiente valoración jurídica de la conducta de E.On en el PCH:

“Ha quedado acreditado que E.On no remitía por escrito las condiciones técnicas suficientes en respuesta a las solicitudes de suministro. [...] Esta forma de actuar dificulta que el cliente pueda, tras recibir la contestación de E.On sobre su solicitud, recabar presupuestos de terceros instaladores, puesto que la respuesta de E.On no contiene la información técnica necesaria para su elaboración. Por supuesto, el cliente siempre tenía la opción de dirigirse nuevamente a E.On solicitando la concreción en las condiciones técnicas, pero ello suponía inevitablemente un retraso en el inicio de las obras, haciendo menos atractiva la alternativa de contratar parte de la obra con un tercero frente a la ejecución de toda la obra por E.On.

[....]

Por otro lado, el envío de presupuesto por E.On a los clientes por la parte de la obra que no está reservada al distribuidor va más allá de lo que exige la normativa (art. 103.2.A del RD 1955/2000). Sin embargo, en todos los casos en los que ha recibido una solicitud de suministro que conllevaba esta clase de trabajos, E.On ha dado presupuesto al solicitante por ellos.

Esto supone que E.On usaba información a la que tenía acceso privilegiado por su condición de distribuidor (la identidad de cada cliente que necesitaba una instalación y todos los detalles técnicos del punto de suministro) para ofertar la ejecución de los trabajos, información que no era accesible a ningún otro instalador. Supone, también, que la oferta de E.On siempre era la primera que recibía el cliente y que E.On aprovechaba la remisión de una respuesta al cliente a la que estaba obligada por normativa (y por la que el sistema le retribuye) para realizar ofertas comerciales que van más allá de sus obligaciones como distribuidor, cerrando el mercado a otros competidores, los instaladores independientes.

Además, E.On no incorporaba en la contestación a la petición de suministro ninguna mención a la posibilidad de que los trabajos pudieran ser realizados por cualquier instalador eléctrico. [Aunque E.On manifiesta que en ningún caso obligaba a los solicitantes a contratar la ejecución con E.On, con su actuación impedía que el

cliente conociera la posibilidad de contratar la ejecución de las instalaciones por su cuenta y debía, en todo caso, manifestarlo expresamente para no recibir el presupuesto de E.On (folio 106). Además, según consta en las cartas que obran en el expediente, E.On no sólo no incorporaba en la contestación a las peticiones de suministro ninguna mención a la posibilidad de que los trabajos pudieran ser realizados por cualquier instalador eléctrico, sino que el lenguaje de las mismas inducía al cliente a pensar que no había alternativa a contratar las obras con E.On].

Por su carácter de distribuidor, E.On dispone de un acceso privilegiado a los clientes de su red de distribución que necesitan un nuevo suministro (o un cambio de potencia), sabe si dichos suministros precisan de instalaciones de extensión reservadas o no reservadas al distribuidor y conoce las condiciones relevantes para poder dar un precio por la realización de las instalaciones de extensión no reservadas. En suma, E.On dispone desde el inicio de la solicitud de una información de alto valor comercial para los instaladores que compiten en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor, y dispone de ello de una forma y en unas condiciones que no son replicables por ningún instalador.

Además, E.On puede realizar ofertas para la realización de trabajos de instalación no reservados al distribuidor con un mayor grado de probabilidad de éxito que cualquier instalador, puesto que su calidad de distribuidor zonal le otorga un mayor reconocimiento de marca, y es probable que el cliente perciba a E.On como un operador más fiable que los demás instaladores, particularmente si los trabajos de instalación son para conectar la instalación receptora del cliente con la red de E.On. Además, E.On no informa al cliente de la posibilidad de ejecutar la instalación por cuenta propia, siendo el propio cliente quien debe conocer tal posibilidad.

En suma, por el hecho de tener una posición de dominio en el mercado de redes de distribución en Cantabria, Galicia, Castilla y León y Asturias, E.On está mucho mejor posicionado en su red para competir en el mercado conexo de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor que los demás actores del mercado, y utiliza dicha ventaja para competir activamente en el mercado de instalaciones no reservadas. Esta forma de actuar conlleva que la competencia en dicho mercado se vea restringida en su red, dado que se expulsa a los instaladores competidores del mercado. Y, como consta acreditado (ver párrafo 31), la tasa media de éxito de las ofertas de E.On para realizar trabajos de conexión no reservados es del [90-100%,] lo que significa

que dicho efecto de expulsión se ha producido de manera clara desde 2000: desde entonces, E.On ha recibido el 100% de las solicitudes de suministro que requieren de obras no reservadas al distribuidor y ha hecho ofertas para realizarlas en el 100% de los casos, en el [90-100%] de los cuales han sido aceptadas. De este modo, los demás instaladores solamente han realizado el [0-10%] de las obras de instalación que son por cuenta del cliente (no reservadas por la normativa al distribuidor). Esto refleja una distorsión grave de la competencia en el mercado de instalaciones no reservadas, por cuanto que una parte sustancial del mismo ve gravemente distorsionadas sus condiciones competitivas.

Resulta plenamente aplicable al presente caso la doctrina de los mercados conexos, ampliamente consolidada en la jurisprudencia y la doctrina. Como ha señalado el TDC, "...la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados, exige, como tiene declarado de modo reiterado la jurisprudencia comunitaria (Sentencia de 11-11-1986, British Leyland, de 6-4-1995, Radio Telefis Eireann, etc), y este Tribunal, (Expte. 513/01 Tubogas/Repsol y expte. 482/00 Gas Natural Castilla-León), o bien que la empresa dominante obtenga con su actuación algún beneficio, o que se den circunstancias especiales que puedan justificar la aplicación de la doctrina del abuso a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado" (Resolución del TDC de 5 de marzo de 2003, Expte 533/02 Empresas Electricidad, FD Tercero).

En el presente caso, se aprecia un beneficio directo de la conducta de E.On: la expulsión de las empresas instaladoras en el ámbito territorial de sus redes de distribución y en el resto de zonas de distribución bajo su gestión le ha permitido quedarse con la práctica totalidad del mercado, por lo que ingresó más de [...] millones de euros entre 2000 y 2009 (ver párrafo 32).

En conclusión, esta Dirección de Investigación considera que E.On ha cometido un abuso de su posición de dominio en el mercado de redes de distribución, expulsando del mercado de instalaciones a otros operadores al ofertar la ejecución de las instalaciones de extensión que la normativa no reserva al distribuidor en el momento en que comunica la información de nuevos suministros a que le obliga la normativa. Esto impide al resto de operadores presentes en el mercado de acometidas de nueva extensión de ejecución por cuenta del solicitante poder competir con ella en situación de mínima igualdad de condiciones, ya

que éstos ni disponen de la información de los requisitos técnicos de las instalaciones, ni ostentan la posición de referencia que E.On tiene como distribuidor de electricidad, ni llegan a conocer, en tal caso, la existencia de una solicitud de nuevo suministro para la que se requieren determinadas instalaciones no reservadas.

Esta actuación, que se habría venido produciendo al menos desde la entrada en vigor del RD 1955/2000, supone una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 desde el año 2000 (desde la entrada en vigor del RD 1955/2000) hasta el 1 de septiembre de 2007, y del artículo 2 de la LDC hasta la fecha de incoación del expediente sancionador, ya que, tal y como manifiesta E.On en el escrito de contestación al requerimiento de información de 8 de abril de 2010 (folios 420, 423), desde que E.On tuvo conocimiento de la apertura formal del expediente se modificó la forma de actuar(en el año 2010).

Asimismo, se considera que la actuación de E.On tiene aptitud para afectar al comercio entre Estados miembros de la UE, en la medida en la que afecta adversamente a las condiciones en las que empresas instaladoras de cualquier país de la UE pueden acceder al mercado de instalación en Cantabria, Galicia, Asturias y León en la zona de distribución de E.On. Por lo anterior, esta Dirección de Investigación considera que la actuación descrita afecta al comercio intracomunitario, por lo que también supone una infracción del artículo 102 del TFUE. “

Tras tener en cuenta las alegaciones de E.On al PCH la DI se ratifica en su valoración puesto que, como dice en la contestación a las mismas, no se le imputa a E.On el negarse a dar la información, sino que la conducta que considera prohibida es el uso de la información privilegiada que tiene como distribuidor:

- (32) *Baste lo anterior para señalar que la conducta de E.On, consistente en el uso privativo de la información privilegiada como distribuidor para competir en la realización de las instalaciones eléctricas no reservadas, unida a la circunstancia de no remitir la suficiente información para que terceros instaladores pudieran hacer ofertas, supone un abuso de posición de dominio prohibido por la legislación de defensa de la competencia, puesto que es objetivamente susceptible de ejercer un efecto de expulsión sobre terceros instaladores en el mercado y no encuentra una justificación objetiva.*

Y siguiendo la Sentencia de 21 de abril de 2008 de la Audiencia Nacional, según la cual:

“...La conducta abusiva contraria al artículo 6.1.a) LDC consiste, como sostienen el SDC y el TDC, en aprovecharse la empresa distribuidora recurrente de los datos conseguidos en virtud de su posición de monopolista en la distribución de la energía eléctrica en la isla de Mallorca, para introducirse mediante el envío de estas comunicaciones en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas desplazando a los instaladores electricistas...” (FD Sexto)

La DI propone al Consejo:

- *Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000 (16 de enero de 2001) hasta la entrada en vigor de la LDC (1 de septiembre de 2007); por el artículo 2 de la LDC, desde el 1 de septiembre de 2007 hasta la fecha de instauración del nuevo sistema de comunicación de E.On; así como por el artículo 102 del TFUE, consistentes en enviar presupuestos de realización de las instalaciones no reservadas al distribuidor y no proporcionar toda la información sobre las condiciones técnico-económicas requerida por la normativa en respuesta a las solicitudes de suministro a su red de distribución (nuevo punto de suministro o modificación del existente) que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor.*
- *Segundo. Que esa conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.*
- *Tercero. Que se declare responsable de dicha infracción a E.On Distribución, S.L.*
- *Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*

TERCERO. Alegaciones de E.On y propuesta de prueba.- En sus alegaciones a la PR de fecha 21 de febrero de 2011, E.On dice no cuestionar la imputación de la DI pero hace algunas consideraciones para que el Consejo las tenga en cuenta a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad.

En primer lugar subraya la consideración de la DI (puntos 95 y 96 de la PR) sobre la colaboración total de E.On y el hecho de que pusiera fin a la infracción de forma inmediata, poniendo en funcionamiento un nuevo sistema.

En segundo lugar alega que los beneficios obtenidos han sido escasos, que su conducta en el mercado de las obras de extensión de red no reservadas a la distribuidora no tenía como objeto supra lucrarse en ese mercado, sino hacer un servicio a los usuarios de su red. Y apostilla que con su cuota, en ese mercado es del 2%, no puede cerrar el mercado.

Pide al Consejo que, al analizar los agravante propuestos por la DI, tenga en cuenta que, en el año 2001, su antecesora, Viesgo Distribución, S.L. era propiedad de ENDESA y que ellos en cuanto tuvieron conocimiento de la incoación ordenaron el cese inmediato de la conducta, por tanto que no lo considere como reiteración de conducta, así como tampoco el supuesto intento de engaño a los consumidores.

Alega asimismo en relación con los datos que obran en el expediente respecto a la cifra de los ingresos por obras no reservadas, recogida en la PR, que dice debe ser corregida porque incluye facturación de obras reservadas. Aporta un prolijo cálculo de costes directos e indirectos para justificar el escaso beneficio que le reporta la actividad de realizar las obras no reservadas.

A pesar de su afirmación inicial de que no cuestiona la imputación, y de que debe entenderse por lo que se refiere al envío sistemático de los presupuestos, que reconoce, E.On niega que la información remitida al usuario para el nuevo suministro no incluya suficiente detalle técnico sobre las condiciones técnico-económicas para que, en su caso, los competidores en el mercado de las instalaciones puedan realizar la obra y elaborar los presupuestos, en concreto, niega que no haya remitido el punto de conexión, imprescindible para que el usuario pueda contratar un instalador por su cuenta.

Y para acreditar que sí ha remitido el punto de conexión ha solicitado prueba de descargo que, modificada en su extensión, le fue aceptada por el Consejo y realizada por la DI (AH nº 14) y que analizaremos en el Fundamento siguiente.

Por su parte la denunciante, FENIE, no ha presentado alegaciones a la PR ni tampoco ha alegado en el trámite de prueba practicada, manifestando en escrito de fecha 28 de julio de 2011 que, *“no estima necesario realizar alegación alguna...”* al Acuerdo del Consejo admitiendo la prueba.

CUARTO. La infracción.- El Consejo por tanto debe valorar si tal como le imputa la DI, E.On, valiéndose de su posición en el mercado de redes de distribución eléctrica, ha cometido un abuso en el mercado conexo de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor, conducta que estaría prohibida por la LDC, artículo 6 de la ley 16/1989, y por el artículo 102 del TFUE. El abuso según la DI estaría conformado por las actuaciones realizadas por E.On, simultáneamente y basándose en la información privilegiada que

tiene como distribuidor, con la respuesta que debe dar ante una petición de nuevo acceso o de ampliación del mismo. Tales actuaciones consistirían en: a) el envío sistemático con la primera respuesta de los presupuestos para la realización de las obras no reservadas al distribuidor, y b) aportar en dicha primera respuesta una información insuficiente para que otros instaladores puedan conocer la entidad de la obra a realizar y ofertar, en su caso, la realización de la misma y su presupuesto.

Las normas de competencia no sancionan la posición de dominio, sino el abuso por parte del operador en dicha posición. Como ha dicho este Consejo en múltiples ocasiones, y recientemente en relación con conductas similares a las aquí investigadas, en las Resoluciones de 20 de septiembre de 2011. (EXPTE 2795 /07 HIDROCANTABRICO INSTALACION Y EXPTE. S/0089/08 UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN),

“Según la jurisprudencia, el hecho de que una empresa esté en posición dominante no es ilegal en sí mismo y la empresa dominante tiene derecho a competir basándose en sus méritos. Sin embargo, la empresa en cuestión tiene la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada. El objetivo del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 102 del TFUE reside en que la actividad de control de la Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor. En este sentido, se considera que la conducta es anticompetitiva cuando puede producir un "cierre anticompetitivo del mercado". La jurisprudencia entiende ello se produce cuando el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, en detrimento de los consumidores (párrafo 19 de las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial n° C 045 de 24/02/2009).”

La posición de dominio de la empresa E.On como distribuidora de energía en sus redes de distribución de Cantabria (donde controla prácticamente toda la red), y en determinadas zonas de distribución de Asturias, Galicia y Castilla-León, es una cuestión pacífica.

Por lo que se refiere a la conducta, esta tiene lugar en el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor que ya fuera definido en la

Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, la cual es firme (STS de 10 de febrero de 2011).

Como se recoge en el FD SEGUNDO, en la valoración de la DI que este Consejo comparte, el mercado de distribución de energía y el mercado de instalaciones eléctricas son mercados conexos que guardan una estrecha conexión entre sí.

Los clientes que estén en el ámbito geográfico de la red de E.On Distribuidora, cuando precisen un nuevo acceso a la red o una modificación del acceso, tendrán necesariamente que dirigirse a E.On solicitando dicho acceso o ampliación. Y E.On como distribuidor, y en cumplimiento de la normativa, artículo 103.2.A del RD 1955/2000, tras recibir una solicitud de suministro de energía eléctrica, deberá analizar dicha solicitud y enviar al solicitante dentro de los plazos previstos el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para atender la solicitud de suministro.

Como se recoge en el punto 5 de los HP al describir el mercado, las obras para el acceso pueden ser de ejecución por parte del distribuidor, obras reservadas, y aquellas cuya ejecución no está reservada al distribuidor, y que por tanto, puede hacerlas por su cuenta el cliente, bien directamente, bien contratando un instalador independiente o bien encargándosele, junto con los trabajos regulados, a la propia distribuidora, en este caso E.On. Ahora bien, dada su posición y conocimiento de las obras necesarias para el acceso, conocimiento del que solo dispone él y desde el mismo momento de la solicitud por su condición de distribuidor, y por tanto monopolista de la red propia, según la normativa debe proporcionar al solicitante la siguiente información:

- *En caso de instalaciones de ejecución por cuenta de la distribuidora: Punto de conexión, solución de alimentación eléctrica y condiciones técnico-económicas. Estas últimas deben contener tanto la información técnica necesaria como los derechos de acometida a satisfacer a la distribuidora.*
- *En caso de instalaciones de ejecución por cuenta del solicitante: Punto de conexión, solución de alimentación eléctrica y condiciones técnico-económicas. Estas últimas deben contener tanto la información técnica necesaria como, en su caso, los derechos de acometida (distintos a los derechos de extensión) a satisfacer a la distribuidora.*

Resulta claro que el hecho de ostentar una posición de dominio en un mercado concreto no impide a ese operador competir en el mismo, siempre y cuando no abuse de dicha posición. Ello aplica al caso de aquellas empresas que ostentan una posición de dominio como distribuidores y que deciden operar, por sí mismos u otra empresa del grupo, en el mercado liberalizado de la instalación.

Pero lo que no puede hacer el distribuidor es, valiéndose de que es el único que en su red de distribución de energía tiene la información sobre los trabajos necesarios a realizar, mediante su conducta y ante la solicitud de un nuevo acceso o ampliación del existente, dificultar o impedir la entrada de operadores independientes del mercado de instaladores eléctricos en la realización de los trabajos que la normativa no le reserva.

En lo que afecta a este expediente lo que nos interesa es la información que debe remitir el distribuidor, es decir E.On cuando la instalación es por cuenta del solicitante y también la información que no tiene que remitir y cuyo envío puede suponer un abuso en el uso de la información con que cuenta como distribuidora de energía eléctrica y que tiene precisamente por su condición de distribuidor.

La CNE en el informe emitido explica el contenido del art. 103.2.A) al señalar que, de acuerdo con la normativa, *“las empresas distribuidoras deben comunicar a todo solicitante de un suministro, por escrito y en plazo, al menos el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo, justificando detalladamente los derechos de acometida a liquidar por el solicitante, precisando el sistema empleado para su determinación”*, aunque reconoce que no existe una normativa básica aplicable a todo el territorio nacional en la que se establezca el contenido mínimo de las condiciones técnicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica que la distribuidora debe dar al solicitante en contestación a una petición de suministro.

Pero a juicio de este Consejo la información que, en cumplimiento e interpretación de la normativa vigente debe remitirse o no por parte del Distribuidor, se deduce de forma unívoca de los pronunciamientos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en relación con el caso ASINEM/ENDESA (Expte. 606/05).

La Audiencia Nacional en el FD Sexto de su Sentencia de 21 de abril de 2008 dice lo siguiente:

“[...]la obligación de la distribuidora consiste en comunicar los derechos de acometida correspondientes a la extensión, a cuya percepción está autorizada legalmente, así como las condiciones técnicas que debe reunir la instalación, pero lo que no recoge la norma reglamentaria citada es que la distribuidora tenga la facultad para ofertar la ejecución por sí misma de los trabajos a realizar desde el punto de conexión hasta el punto de suministro, entrando así en el ámbito de actuación de los instaladores electricistas”.

Y ratifica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 2011 (FD Octavo):

Es verdad que el precepto, dedicado a la calidad de la atención al consumidor, se refiere en el apartado 2 .A a la elaboración de los presupuestos relativos a nuevos suministros, pero es igualmente claro que "a partir de la solicitud de un suministro", a lo que queda obligada la empresa distribuidora no es a la presentación de un presupuesto de instalación, sino a proporcionar los datos necesarios para dicha instalación -y, por tanto, para la elaboración de un presupuesto por cualquier instalador-, en concreto a informar sobre "el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo".

En los hechos probados está acreditado y así lo recoge la DI en su valoración, que E.On no cumplía con la obligación que le incumbía como distribuidora, puesto que por una parte ofertaba la ejecución de las obras no reservadas en el mismo momento de envío de las condiciones técnicas de dicho suministro y por otra parte no aportaba toda la información técnica para que otro instalador pudiera hacerlo.

En efecto E.On, valiéndose de la posición privilegiada que le da el ser monopolista en su red, cuando le solicitaban un nuevo acceso o un incremento de capacidad, en lugar de limitarse a remitir la información legalmente obligatoria, es decir las actuaciones propias y su coste y los datos necesarios para que, no sólo la distribuidora, sino también un tercero pueda proceder a la ejecución de las acciones no reservadas, hacía lo siguiente:

a) remitía junto con la información inicial y los servicios reservados que como distribuidor debe ejecutar, un presupuesto de las obras no reguladas, presupuesto que por tanto se adelantaba a cualquier presupuesto que pudiera solicitar el cliente a un tercero.

Es importante subrayar que E.On remitía el presupuesto para las instalaciones no reservadas con la respuesta inicial a la solicitud de información técnica que estaba obligada a dar por su condición de distribuidor y monopolista de su red, y por tanto en un momento temporal en el que ningún otro operador del mercado de instalaciones eléctricas tenía conocimiento de esa oportunidad de negocio y no podía por tanto ni siquiera plantearse ofertar las obras, puesto que solo puede remitir un presupuesto para las obras no reservadas cuando conozca la existencia de las mismas y sus características técnicas y eso no puede ocurrir en tanto en cuanto el distribuidor no comunique esta información.

Como ya se ha mencionado, este Consejo no niega el derecho del distribuidor, en este caso E.On, de competir en el mercado de instalaciones eléctricas,

siempre que lo haga en igualdad de condiciones, pero no mediante el uso de la posición que le confiere el ser el único en posesión de la información sobre los trabajos a realizar en la red, derivados de su monopolio como distribuidor.

Y no es necesario que E.On vincule la realización de las obras no reservadas a las reservadas, que en este caso no ocurre ni la DI se lo imputa, sino que para obstaculizar el acceso de los instaladores independientes a los clientes es suficiente este anticipo temporal en la oferta empleando información privilegiada de la que solo el distribuidor dispone en su red.

b) en dicha información inicial no remitía los datos suficientes para que un tercero pudiera ejecutar las obras no reservadas al distribuidor, en concreto no remitía la información relativa al punto de suministro, sin el cual un instalador independiente no podría realizar las obras necesarias para el nuevo acceso. De hecho, empleaba en sus contestaciones a los clientes mensajes equívocos. La utilización de expresiones tales como *“se hace necesaria por parte de esta Empresa (...)”*, *“(...) a instalar por esta Sociedad (...)”* parece indicar al solicitante que E.On es la única empresa habilitada para la ejecución de los trabajos, pese a reconocer que *“en principio, en todos los casos en los que E.On realizó los trabajos, éstos podrían haber correspondido a cualquier instalador eléctrico” (folio 108).*

Este tipo de actuaciones, máxime realizadas conjuntamente, han dificultado el acceso de terceros instaladores independientes a la realización de las obras no reservadas.

Como se relata en los HP 6 y 7, la anticipación en el envío de los presupuestos que E.On ha ejercido de forma sistemática, dificulta el acceso a dichas obras de los instaladores en una medida difícilmente superable, como lo prueba el alto grado de aceptación de estos presupuestos, en el 90 % de las obras, tal y como se observa en la tabla del párrafo 83 del IP.

E.On ha monopolizado el mercado de las instalaciones eléctricas no reservadas, y lo ha hecho cuando, además, no presta el servicio por sí mismo, sino que recurre a subcontratar el servicio a los terceros instaladores. Estos se ven obligados a contratar en las condiciones que E.On marca si quieren tener acceso al negocio, lo que a su vez limita su capacidad e incentivo a competir de manera activa con E.On en el mercado. De esta forma, la competencia en el mercado se ve fuertemente debilitada, afectando no sólo a los instaladores que compiten con E.On, sino a los propios clientes que ven reducida las opciones efectivas a su alcance. De esta forma, la conducta produce un efecto cierto en el mercado de la instalación que afecta a competidores al menos igual de eficientes que el propio E.On en tanto que operador en dicho mercado (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011 Konkurrensverket y TeliaSonera Sverige AB).

Envío de presupuestos

Por lo que se refiere a la oferta para la ejecución de obra no reservada E.ON reconoce que ha estado remitiendo de forma habitual conjuntamente con la información inicial sobre las condiciones técnicas del nuevo suministro, el presupuesto de la parte no reservada desde al menos 2001 (fecha de entrada en vigor del RD 19955/2000) hasta la incoación del expediente, en diciembre de 2009, cuando al tener conocimiento de la infracción, modificó el sistema. No es por tanto necesario abundar más sobre la infracción de las normas de competencia que, en abuso de su posición, ha cometido E.On al remitir de forma sistemática en dicho momento temporal la oferta y los presupuestos para la ejecución de las instalaciones por cuenta del solicitante del acceso, puesto que dicha conducta ha sido sancionada como infracción tras la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 (Expte. 606/05 ASINEM/ENDESA), ratificada por la Audiencia Nacional el Tribunal Supremo.

Información técnica suficiente.-

Por el contrario E.On asegura en sus alegaciones y en la valoración de la prueba efectuada ante el Consejo que no ha quedado acreditado la falta de aportación de información técnica suficiente para que los solicitantes del suministro puedan realizar por su cuenta los trabajos no reservados.

La primera cuestión a subrayar es que la DI no imputa a E.On la ausencia sistemática en sus respuestas de la información suficiente, en concreto del punto de conexión, imprescindible para poder realizar las obras necesarias para el acceso, ni que se negase a dar dicha información a petición del cliente. Lo que imputa la DI y el Consejo comparte, es que E.On no enviaba con carácter general la información técnica en la primera respuesta ante la solicitud de un acceso, lo que ya supone una ventaja inicial, y sin embargo, sí remitía en dicha comunicación la oferta de realización de las obras no reservadas y el presupuesto de las mismas:

(55) Ha quedado acreditado que E.On no remitía por escrito las condiciones técnicas suficientes en respuesta a las solicitudes de suministro. Esta forma de actuar dificulta que el cliente pueda, tras recibir la contestación de E.On sobre su solicitud, recabar presupuestos de terceros instaladores, puesto que la respuesta de E.On no contiene la información técnica necesaria para su elaboración. Por supuesto, el cliente siempre tenía la opción de dirigirse nuevamente a E.On solicitando la concreción en las condiciones técnicas, pero ello suponía inevitablemente un retraso en el inicio de las obras, haciendo menos atractiva la alternativa de contratar parte de la obra con un tercero frente a la ejecución de toda la obra por E.On

E.On propuso ante este Consejo como prueba de descargo y para demostrar que sí enviaba el punto de conexión, la remisión de una serie de informes identificando el mismo. El Consejo admitió dicha prueba adaptándola a la imputación y le pidió la identificación del punto de conexión en los informes que han servido de base para la imputación y que constan en el expediente, y que de acuerdo con los solicitado por la DI corresponden a las respuestas a las primeras 25 solicitudes recibidas cada uno de los años en que se imputa la infracción, es decir desde 2001 a 2009.

A juicio de este Consejo E.On no ha cumplimentado la prueba acordada por el Consejo, puesto que como consta en el expediente (folios 1216 y ss.), ha remitido la identificación del punto de conexión en veinte informes y no la información sobre el punto de conexión de los informes que obran en el expediente como se había definido en la prueba. En esas condiciones el Consejo no puede considerar como descargo dicha prueba, puesto que E.On ha demostrado que en ocasiones remitía el punto de conexión, pero no que lo hiciera en todas las ocasiones y con la primera respuesta, como es su obligación para no prevalerse de su posición en el mercado de distribución de energía y distorsionar el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas.

El Consejo por tanto solo puede concluir que las actuaciones imputadas a E.On y realizadas en el mercado de las instalaciones eléctricas no reservadas tienen aptitud para distorsionar la competencia y ponen a los instaladores independientes en inferioridad de condiciones para competir limpiamente en el mercado, sin que exista ninguna justificación objetiva para las mismas. Debe señalarse aquí una vez más que no se juzga aquí el envío de presupuestos por parte de la distribuidora ni se pretende impedir que compita en el mercado de las instalaciones no reservadas, pero sí que no aproveche su situación privilegiada como distribuidor enviando el presupuesto por dichas instalaciones en respuesta a una solicitud de suministro y, por tanto, en un momento temporal irreplicable para el resto de instaladores, desconocedores de la propia existencia de tal solicitud. El abstenerse de ofertar esos servicios en el momento concreto en que se comunica la información de nuevos puntos de suministro no primaría tampoco a los instaladores frente a la distribuidora dado que el solicitante, recibidas las condiciones técnico-económicas, podrá dirigirse tanto a la distribuidora como al resto de instaladores para solicitar un presupuesto para llevar a cabo dichas instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora, precisamente para colocar en el plano de igualdad a ésta con el resto de instaladores.

Más aún la realización conjunta de las dos conductas refuerza el carácter anticompetitivo, porque por una parte E.On no remite la información suficiente para que un instalador pueda ofertar la realización de la obra, pero en cambio sí remite en su primera comunicación al cliente, junto con las supuestas

condiciones técnicas, el presupuesto para ejecutar E.On la instalación. Y esto a su vez refuerza la ventaja que ya tiene E.On, por su imagen de marca como distribuidor. En este sentido acaba de pronunciarse el Consejo en la Resolución de 20 de septiembre de 2011, (EXPTE. S/0089/08 UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN), FD QUINTO:

“Este efecto anticompetitivo se ve reforzado por el hecho de que UFD cuenta ante los clientes con una imagen de marca que facilita que su oferta tenga una mayor probabilidad de éxito. Su condición de distribuidor en la zona le otorga un mayor reconocimiento de marca, por lo que es probable que el cliente perciba a UFD como un operador más fiable que los demás instaladores, particularmente si los trabajos de instalación son para conectar la instalación receptora del cliente con la red de UFD.

No hay que olvidar además que UFD, en la medida en que subcontrata el negocio a los instaladores, puede ejercer sobre ellos un cierto poder negociador. Los instaladores pueden temer que si compiten agresivamente con UFD sus posibilidades de acceder al negocio subcontratado se vean afectadas, lo que sin duda resta incentivo a competir contra aquella de manera activa.

El resultado de la posición que tiene UFD como distribuidor y de la conducta que desde ella ejerce es que la competencia en el mercado de las instalaciones eléctricas no reservadas se ha visto debilitada y ello resulta en unas condiciones menos competitivas que las que se darían si UFD no desarrollara la conducta analizada. “

Reitera E.On en sus alegaciones a la Propuesta de resolución la falta de intencionalidad, que no buscaba distorsionar la competencia y que su objeto era el mejor servicio de los clientes. Y añade que no saca ninguna ventaja de la provisión de ese servicio puesto que dado que su objeto social no es la ejecución de instalaciones debe contratarlas con terceros y aporta datos para justificar que los ingresos obtenidos apenas cubren los costes directos e indirectos en que incurre. Alega E.On asimismo que, aceptando que ha ejecutado la mayor parte de las obras no reservadas, (por encima del 90%), eso supone poco más del 50% de la facturación de las mismas. En el supuesto de que eso fuera cierto, que no está acreditado, E.On está reconociendo que con su actuación está excluyendo del acceso de los operadores del mercado de instalaciones más de la mitad, en valor, del mismo.

Y en todo caso el Consejo no puede más que suscribir la respuesta que la DI ya ha dado a esta alegación. No se entiende que E.On se esfuerce en ofertar y realizar la práctica totalidad en número de las obras no reservadas, sin obtener a cambio ninguna ventaja. E.On, como toda distribuidora tiene que realizar, y

por tanto encargar a los instaladores, la realización de las obras privativas y por tanto, alguna ventaja debe obtener de la oferta conjunta. En todo caso lo relevante a efectos de la calificación de la conducta no es el beneficio obtenido por E.On, sino la capacidad de la misma para distorsionar la competencia en el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas.

En conclusión, el Consejo comparte la calificación jurídica de la conducta realizada por la Dirección de Investigación y considera que E.On ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, consistente en utilizar su posición de dominio en sus redes de distribución en determinados mercados geográficos para abusar en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor de electricidad, sin observar el comportamiento de especial responsabilidad que le corresponde por su posición en el mercado .

QUINTO. Cálculo de la Multa.- Dicha conducta según el artículo 10 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, es acreedora de una multa pecuniaria cuyo límite es el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Consejo. Y para la modulación de la cuantía el Consejo deberá atender a los criterios establecidos en el punto 2 del mismo artículo, a saber, a) la modalidad y alcance de la restricción; b) la dimensión del mercado, la cuota del mercado de la empresa o empresas correspondientes, c) los efectos sobre competidores y usuarios; d) la duración en el tiempo de la restricción y f) la reiteración.

Por otra parte, según jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 23/03/2005) esta discrecionalidad del Consejo, dentro de los criterios fijados por la Ley, debe utilizarse ponderando las circunstancias que concurren al objeto de que la multa sea proporcionada a la infracción y disuasoria de conductas similares, de forma que para el infractor no sea más beneficioso cometer una infracción contraria al interés común que el cumplimiento de las normas.

Teniendo en cuenta los criterios de la Ley, el Consejo hace las siguientes consideraciones respecto a la infracción cometida por E.On desde 2001 a 2009.

La modalidad de la infracción, abuso de posición de dominio, debe calificarse como una infracción muy grave, y más teniendo en cuenta que el abuso se lleva a cabo por un distribuidor de electricidad que tiene esa posición de dominio por gozar de un monopolio en sus redes de distribución, y es desde dicha posición privilegiada e irreplicable, pues solo el distribuidor conoce la

información para el acceso a la red, desde donde distorsione el mercado competitivo de las instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor.

En cuanto a la cuota de mercado de E.On, si bien la misma es pequeña en relación con el total nacional, pues según la DI estaría en el entorno del [0-5]% del mercado de instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora, no podemos olvidar que en su ámbito de red, es decir en Cantabria y en las zonas de Galicia, Castilla-León y Asturias, donde tiene sus redes de distribución, E.On hace una cuota de más del 90% de las instalaciones no reservadas en número de solicitudes.

Por lo que se refiere a la duración la infracción se ha prolongado desde el año 2001, fecha de entrada en vigor del RD 1955/2000, hasta principios de 2010, en que tras la apertura del procedimiento sancionador E.On modificó la sistemática de sus respuestas y se lo comunicó a la DI.

En cuanto a los efectos y aunque no es posible evaluar la incidencia sobre los precios, es evidente que se produce un desplazamiento del acceso directo de los instaladores independientes viendo la cuota de E.On que se recoge en los HP, en los cuadros de "*presupuestos de peticiones aceptados* y en el de *Cuota de mercado de instalaciones de extensión no reservadas en su zona de distribución por CCAA*". Y si bien es cierto que E.On, encarga los trabajos a otros instaladores, también es cierto que su actuación está distorsionando el mercado y la asignación de los contratos entre operadores.

E.On alega que no se aprovecha de las obras más voluminosas en cuanto a presupuesto como demuestra la diferencia de cuota en número de obras y en volumen de negocios, pero como se ha dicho anteriormente, no es esa la infracción imputada, y en todo caso como veremos a continuación la base de cálculo de la sanción tiene en cuenta ese aspecto.

En efecto, teniendo en cuenta los anteriores criterios, la sanción debe calcularse a partir del volumen de negocios realizado por E.On en el mercado de instalaciones no reservadas, durante todo el periodo de infracción, que se eleva a [...] euros, tal como se recoge en el apartado 6 de los HP una vez introducidas las correcciones aportadas por E.On.

Siguiendo precedentes de infracciones similares previos el Consejo considera que debe tomar como base de la multa el 5% del volumen de ventas realizado por E.On en el mercado de instalaciones no reservadas, ponderando el periodo de tiempo de infracción, lo que resultaría una multa de 607.728 euros.

La DI en su Propuesta al Consejo considera que la larga duración de la infracción tras la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, debe ser considerada como agravante.

Por otra parte propone que se tenga en cuenta que E.On puso fin a la infracción tan pronto como tuvo conocimiento de la incoación del expediente sancionador, y que ha mostrado una voluntad colaboradora como lo demuestra su actuación en el expediente y su reconocimiento de la conducta en cuanto al envío de presupuestos, sin perjuicio de las matizaciones sobre la responsabilidad y la culpa. Asimismo recuerda la DI el Acuerdo de Terminación Convencional en el expediente S/0255/10, resuelto por el Consejo por Resolución 30 de noviembre de 2010.

El Consejo no considera que pueda tenerse en cuenta como circunstancia agravante el precedente Asinem/Endesa, en la medida en que dicha sanción fue impuesta a una persona jurídica distinta de la que es imputada en este expediente, por lo que no puede entenderse que ésta última haya incurrido nuevamente en una infracción por la que ya ha sido sancionada, que es precisamente lo que pretende penalizar el agravante en cuestión y la duración prolongada ya ha sido tenida en cuenta en el cálculo de la multa.

El Consejo tampoco considera que la normal colaboración que ha tenido E.On en la tramitación de este expediente y en el Expte. S/0255/10 tramitado a raíz de la misma denuncia deba ser considerada como atenuante. Y en cuanto a poner fin a la infracción E.On lo hizo tras la apertura del procedimiento por la DI.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo de la Comisión Nacional de Competencia,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable E.On Distribución, S.L., consistente en abusar en el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas, de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución.

SEGUNDO. Imponer por ello a E.On Distribución, S.L., una sanción pecuniaria por importe de 607.728 euros, (Seis cientos siete mil setecientos veintiocho Euros).

TERCERO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.