

RESOLUCION
(Expte. S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN)

Consejo:

Sres.:

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

En Madrid, a 21 de febrero de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN, incoado contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. por la Dirección de Investigación de la CNC, por considerar que ha llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de diciembre de 2009 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia escrito de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE), formulando denuncia contra el Grupo Endesa, por supuesta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (folios 1-195). Según el denunciante, ENDESA estaría invadiendo el mercado conexo de las instalaciones eléctricas "no reguladas" mediante tres tipos de actuaciones:
 - *"Por la ejecución de todo tipo de instalaciones eléctricas, demótica, instalaciones de aire acondicionado y/o de energía solar fotovoltaica y térmica, instalaciones de telecomunicaciones y otras actividades afines, íntimamente relacionadas -mercado conexo - con su actividad principal de SUMINISTRADOR de energía eléctrica..."*

- Por la prestación de servicios de reparación, mantenimiento y de urgencia de instalaciones eléctricas ofrecidos por la comercializadora del grupo, Endesa Energía, S.A.U. (en adelante Endesa Energía). Según la denunciante, la comercializadora del grupo estaría haciendo uso de información privilegiada de clientes de la base de datos de la distribuidora para enviar publicidad sobre los servicios ofrecidos. Asimismo, denuncia FENIE que las ofertas de los servicios de reparación se incluyen en ocasiones en la factura de la compañía distribuidora y utilizando su imagen de marca.
 - Por la ejecución de instalaciones eléctricas “*por motivos de seguridad o de calidad en el servicio*” que, sin tratarse de trabajos regulados normativamente, se reserva la distribuidora alegando razones de calidad del servicio o peligrosidad, aunque luego los subcontrata. Esta práctica habría ido en aumento desde 2007 según el denunciante.
2. Con fecha 16 de febrero de 2010 la Dirección de Investigación requirió información a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L.U. (EDE) y a FENIE (folios 196-200) acerca de las solicitudes de suministro y solicitó a EDE la entrega de copias de diversas facturas desde 2005. Con fechas 3 y 4 de marzo, respectivamente, tuvieron entrada las contestaciones de EDE y FENIE a los citados requerimientos (folios 231-1518 y 1519-1546). Con fecha 5 de marzo de 2010, FENIE amplió la información aportada en el requerimiento anterior (folios 1547-1551).
 3. Con fecha 5 de mayo de 2010, a la vista de la información obrante en la información reservada practicada, se incoó expediente sancionador contra EDE por una posible infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (B.O.E. del 7), de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del TFUE. El expediente se incoó contra EDE por aprovechar presuntamente su posición de dominio como distribuidor de electricidad para ejecutar instalaciones eléctricas de extensión de la red de distribución, así como otras instalaciones eléctricas no reguladas, tales como instalaciones de domótica, aire acondicionado y/o energía solar fotovoltaica y térmica, impidiendo al resto de empresas de instalaciones eléctricas presentes en el mercado competir en una situación de mínima igualdad de condiciones. Asimismo, el acuerdo de incoación se refiere a la ejecución de trabajos de electricidad a través de contratos de mantenimiento, reparación, servicios de urgencia, etc., aprovechando supuestamente la información privilegiada de clientes con la que cuenta EDE, dada su condición de empresa distribuidora de energía eléctrica. El acuerdo de incoación fue notificado a las partes el día 6 de mayo de 2010 (folios 1557-1575).
 4. Con fecha 11 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación requirió información a EDE (folios 1593-1600bis). La contestación al citado requerimiento se recibió con fecha 31 de mayo de 2010 (folios 1618-2174). Habiéndose advertido errores en la contestación al requerimiento de 31 de

mayo, con fecha 3 de junio se presentó nuevo escrito en contestación al requerimiento de información citado (2175-2289).

5. Con fecha 31 de mayo de 2010 se requirió información a Endesa, S.A. sobre el funcionamiento de las actividades de atención comercial de la comercializadora del grupo, Endesa Energía (folios 1611-1617). La contestación al requerimiento de información tuvo entrada en la CNC el 18 de junio de 2010 (folios 2319-2357). Con esa misma fecha tuvo entrada un escrito de EDE en el que contestaba a parte de las cuestiones planteadas en el requerimiento de información a ENDESA .S.A. (folios 2352-2386)
6. Con fecha 8 de octubre de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de EDE al acuerdo de incoación (folios 2390-2412).
7. Con fecha 18 de octubre de 2010 se requirió información a EDE sobre el modo de actuación de la distribuidora tras la recepción de una solicitud de suministro, y a Endesa Energía, sobre los métodos de comercialización de diversos servicios. Las contestaciones a estos requerimientos de información tuvieron entrada en la CNC el 8 y el 5 de noviembre de 2010, respectivamente (folios 2441-2540 y 2541-2594).
8. Con fecha 20 de enero de 2011 se requirió información a EDE respecto a los diferentes tipos de contestación a las solicitudes de suministro. La contestación al requerimiento de información tuvo entrada en la CNC el 7 de febrero de 2011 (folios 2638-2651).
9. Con fecha 14 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación dedujo testimonio del expediente 2795/07, 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 2656-2663).
10. Con fecha 23 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación solicitó a la Comisión Nacional de Energía el informe previsto en el artículo 17.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). De acuerdo con lo previsto en el artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, con esa misma fecha se notificó a los interesados la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de referencia (folios 2664-2680). Con fecha 15 de abril de 2011 tuvo entrada en la CNC el informe solicitado y, de conformidad con el artículo 12.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, se reanudó el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento (folio 2805-2818, 2821, 2827-2831).
11. Con fecha 4 de marzo de 2011 se requirió información a EDE respecto a determinadas cuestiones relativas a la ejecución de instalaciones de extensión y la cuantificación de las operaciones realizadas en el ámbito territorial de la Isla de Mallorca. La contestación al requerimiento de información tuvo entrada en la CNC el 22 de marzo de 2011 (folios 2743-2759).
12. Con fecha 24 de marzo de 2011 se requirió información a EDE solicitando una ampliación de la información proporcionada en el requerimiento anterior. La

contestación al requerimiento de información tuvo entrada en la CNC el 7 de abril de 2011 (folios 2787-2804) y fue ampliada con fecha 18 de abril de 2011 (folios 2819-2820).

- 13.** Con fecha 19 de abril de 2011 se requirió información a EDE en relación con los casos de envío de presupuesto en contestación a una solicitud de suministro. La contestación al requerimiento de información tuvo entrada en la CNC el 28 de abril de 2011 (folios 2848-2861). Esta información se amplió con fechas 5 y 9 de mayo de 2011 (folios 2862-2865).
- 14.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), con fecha 12 de mayo de 2011 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes.
- 15.** Con fecha 17 de mayo de 2011 la Dirección de Investigación realizó un requerimiento de información a EDE acerca de su facturación. La contestación a dicho requerimiento tuvo entrada en la CNC el 3 de junio de 2011 (folios 3190-3218).
- 16.** Con fecha 31 de mayo de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de FENIE con una alegación única al PCH, referente a la parte de las obras de que EDE se reserva por motivos de seguridad (folios 3082- 3123). Con fechas 31 de mayo y 2 de junio de 2011 tuvieron entrada en la CNC escritos de FENIE aportando nuevos documentos adicionales a los contenidos en el escrito de alegaciones (folios 3160-3189).
- 17.** Con fecha 22 de junio de 2011 tuvo entrada escrito de alegaciones de EDE, incluyendo un Informe elaborado por una consultora y un estudio jurídico elaborado por un experto (folios 3219-3482 y 3486-3720).
- 18.** Con fecha 9 de junio se notificó a las partes el cierre de la fase de instrucción (folios 3722-3731).
- 19.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 13 de junio de 2011 se notificó la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación (folios 3874-4018).
- 20.** Con fecha 1 de julio de 2011 tuvo entrada escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. (folios 4030-4353), conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante ese Consejo, que acompaña de determinado informe pericial.

No se han recibido alegaciones por parte de FENIE a la Propuesta de Resolución.

- 21.** El 4 de julio de 2011 la Dirección de Investigación remitió al Consejo el expediente junto con su Informe Propuesta en el que propone:

“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 actualidad; 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 necesaria para que instaladores alternativos puedan presentar presupuestos en respuesta a las solicitudes de suministro (nuevo punto de suministro o modificación del existente) a su red de distribución que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor.

Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, desde la entrada en vigor del RD222/2008 hasta la entrada en vigor de la Orden ITC/3519/2009, consistentes en presupuestar y cobrar a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, para cuyo cobro EDE no está habilitada por la normativa.

Que se declare la no existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, por no quedar acreditada la conducta consistente en favorecer a la comercializadora del grupo, al permitirle EDE el uso de sus nombres comerciales en las ofertas realizadas por diversos servicios no regulados”.

- 22.** Con fecha 5 de agosto de 2011 tuvo entrada escrito por el que EDE aporta al Consejo el resultado del trabajo de campo realizado por los peritos, que viene a complementar el Informe Pericial presentado junto a sus alegaciones al PCH y a la propuesta de Resolución (el "Informe Pericial Complementario").
- 23.** Mediante Acuerdo de 19 de septiembre de 2011 el Consejo admitió como prueba dichos informes y concedió a las partes plazo para presentar alegaciones y valorar la prueba. Con fecha 10 de octubre de 2011 se recibieron las alegaciones de EDE.
- 24.** El 26 de diciembre de 2011 se recibió un escrito de EDE en el que se informa a la CNC de que con fecha 7 de diciembre de 2011, se publicó en el BOE el Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico. La Disposición final cuarta de dicho Real Decreto, que modifica 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, modifica la redacción para el apartado 3 del artículo 9 de dicho Real Decreto 222/2008.
- 25.** Con fecha de 9 de enero de 2012, el Consejo dictó Acuerdo por el que resolvió informar a las partes de que con fecha 3 de enero de 2011 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, y que con igual fecha y en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el

expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 6 de febrero de 2012 y con efectos desde el 4 de febrero de 2012, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

- 26.** Con fecha 2 de febrero de 2011 tuvo entrada un escrito de EDE aportando nueva información en relación con el cobro de derechos de entronque y conexión.
- 27.** Con fecha 8 de febrero de 2012 se solicitó a EDE información necesaria sobre su volumen de negocios en relación con los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, procediendo a suspender el plazo máximo para resolver conforme a lo dispuesto por el artículo 37.1.a) de la LDC. La respuesta de EDE tuvo entrada en la CNC el 13 de febrero de 2012. El 14 de febrero de 2012 se procedió a solicitar información a EDE sobre su volumen de negocios en la ejecución de instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora durante el ejercicio 2011, que tuvo entrada en la CNC el 20 de febrero de 2012, tras concederse a EDE una prórroga para su aportación.
- 28.** El Consejo terminó de deliberar y falló el presente expediente en su reunión de 21 de febrero de 2012.
- 29.** Son interesadas:
- Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. (EDE)
 - Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE)

HECHOS PROBADOS

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 7 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 (folio 54).

2. Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. (EDE)

EDE es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, perteneciente a Endesa, S.A., matriz del grupo Endesa, que, a su vez, se integra en Enel Energy Europe (Enel), que posee el 92% de su capital. Endesa, S.A. es una de las empresas energéticas líderes en el sistema eléctrico español, presente además en el sistema gasístico. En 2008 comercializó 106.538 GWh de electricidad en España a más de 11,6 millones de clientes.

EDE es una empresa del Grupo Endesa participada al 100% por la sociedad Endesa Red, S.A. Su objeto social es el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica. En 2010 su cifra de negocio ascendió a [...] millones de euros.

EDE es propietaria y gestiona la mayor parte de la red de distribución de energía eléctrica en Andalucía, Cataluña, Baleares, Aragón, Canarias y Extremadura, resultado de la estrategia de expansión emprendida por Endesa a principios de los años 90 con la absorción y adquisición de UNELCO (Canarias), FECSA (Cataluña), Sevillana de Electricidad en Andalucía y Extremadura y GESA en las Islas Baleares.

MARCO NORMATIVO

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. Instalaciones de extensión y otros trabajos necesarios para la conexión a la red de distribución

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.

Los trabajos necesarios que permiten la conexión a la red de distribución se clasifican, de acuerdo con los artículos 44, 45, 47 y 50 del RD 1955/2000, en actividades de extensión y de enganche. Además, existen otros trabajos que debe realizar la distribuidora. A continuación se describen:

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).

La anterior clasificación de los trabajos de conexión se ha modificado con el RD 222/2008 en lo relativo a las actividades de extensión. Así, los artículos 9 y 10 del citado 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, 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 de extensión.

b. Operación de enganche

Es la 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. De acuerdo con el artículo 10 del RD 222/2008, los derechos regulados derivados de estos trabajos conforman junto con los derechos de extensión los derechos de acometida.

Por último, la normativa contempla la posibilidad de que la empresa distribuidora se reserve la ejecución de determinados trabajos por razones de seguridad y calidad del suministro (cuando así esté determinado en las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias, así como en las establecidas por la empresa distribuidora y aprobadas por la Administración competente), lo que ocurre primordialmente cuando éstos se realizan en tensión o en descargo. Estos trabajos pueden consistir en:

- El entronque y conexión a la red de distribución: El art. 10.4 del RD 222/2008 establece que *“la empresa distribuidora será responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente, sin perjuicio de dar cumplimiento a la normativa y protocolos de seguridad”*.
- La adecuación, ampliación, mejora o modificación de la red en servicio de la distribuidora. La regulación no establece claramente la parte que debe asumir el coste y ejecutar la instalación. Esta imprecisión ha dado lugar a consultas a la CNE (Informe sobre las consultas planteadas por Endesa Red, S.A. sobre conflictos en algunos territorios de la Comunidad Autónoma de Canarias. Aprobado por el Consejo de Administración el 11 de mayo de 2006):
 - Si el suministro solicitado está ubicado en suelo urbano con la condición de solar, en dicha categoría del suelo debería existir una infraestructura eléctrica que posibilitara la atención de dicho suministro, dado que una de las obligaciones de las empresas distribuidoras es el desarrollo de la red de distribución y por ello se les retribuye: el solicitante no tendría que pagar importes adicionales a la distribuidora por las obras que pudieran ser necesarias en las instalaciones pertenecientes a la red de distribución.
 - Por el contrario, ante una petición de suministro en suelo urbanizable el propietario y/o solicitante deberá costear a su cargo toda la infraestructura eléctrica necesaria para atender dicho suministro, incluyendo la red exterior de alimentación y los refuerzos necesarios de la red preexistente, quedando limitados dichos refuerzos a la instalación preexistente a la cual se conecta la nueva instalación. Lo

mismo ocurriría en caso de que la petición de suministro sea en suelo no urbanizable.

Respecto a las personas que pueden realizar dichos trabajos, el citado informe de la CNE es claro: “si bien la normativa vigente no establece el concreto sujeto que debe realizar la adecuación de la instalación existente, entiende esta Comisión que dicha adecuación debería ser realizada por la empresa titular de la instalación, previo acuerdo con el solicitante en cuanto a los costes de dicha adecuación.”

Por tanto, tal y como concluye la Dirección de Investigación: “... 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.”

A efectos de evitar confusión, en lo sucesivo se distinguirá entre instalaciones de extensión “reservadas por normativa” y “no reservadas por normativa” para referirse a la distinción resultante del art. 45 del RD 1955/2000 y de los arts. 9 y 10 del RD 222/2008, y trabajos “reservados discrecionalmente por seguridad” a aquella parte de las instalaciones que, no estando reservada por la normativa al distribuidor, se reserva discrecionalmente el distribuidor por motivos de seguridad.

d. Obligaciones del distribuidor ante una solicitud de suministro

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. 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 representante es quien tiene la consideración de “solicitante”.

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:

“3. En todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red, las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros serán determinadas por el Gestor de la Red de distribución, que deberá tener en cuenta criterios de desarrollo y de operación al mínimo coste de las redes de distribución garantizando la calidad de suministro. El solicitante del nuevo suministro tendrá derecho a que la empresa suministradora le justifique las causas de elección del punto y de la tensión de conexión (...)

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.

5. Modificación de la redacción dada al art. 9 por el Real Decreto 222/2008

Con fecha 7 de diciembre de 2011, se publicó en el BOE el Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico. Esencialmente, este Real Decreto viene a desarrollar las previsiones contenidas en la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector eléctrico (LSE) relativas a la interconexión entre el sistema eléctrico balear y peninsular.

No obstante, la Disposición final cuarta, que modifica 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, modifica la redacción para el apartado 3 del artículo 9 de dicho Real Decreto 222/2008. En concreto, modifica las obligaciones del distribuidor una vez recibida la solicitud de extensión de red:

“Una vez efectuada la solicitud, el distribuidor deberá presentar al solicitante en los plazos establecidos en el artículo 103 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica un pliego de condiciones técnicas y un presupuesto económico en documentos separados, que deberán contar con el siguiente desglose:

a) Pliego de condiciones técnicas:

1.º Trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, siempre que estos sean necesarios para incorporar a las nuevas instalaciones.

Los trabajos detallados en este apartado serán realizados por el distribuidor al ser éste es el propietario de esas redes y por razones de seguridad, fiabilidad y calidad del suministro.

2.º Trabajos necesarios para la nueva extensión de red.

Los trabajos referidos en este apartado podrán ser ejecutados a requerimiento del solicitante por cualquier empresa instaladora legalmente autorizada o por la empresa distribuidora.

b) Presupuesto:

1.º Presupuesto detallado según el desglose recogido en el pliego de condiciones técnicas de los trabajos correspondientes a refuerzos, adecuaciones, adaptaciones o reformas de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, necesarios para incorporar a las nuevas instalaciones. Este presupuesto deberá pormenorizar, de acuerdo a lo establecido en los correspondientes Procedimientos de Operación de Distribución, que conceptos deberán ser abonados por el solicitante y cuales serán a cuenta de la empresa distribuidora.

2.º Presupuesto detallado según el desglose recogido en el pliego de condiciones técnicas de los trabajos necesarios para la nueva extensión de red.

La empresa distribuidora deberá hacer constar de manera expresa en el presupuesto que dichas instalaciones podrán ser ejecutadas bien por la empresa distribuidora o bien por un instalador autorizado que deberá llevar a cabo la instalación de acuerdo a las condiciones detalladas en el pliego de prescripciones técnicas, a las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias y a las establecidas por la empresa distribuidora y aprobadas por la Administración competente.

En el caso de que el solicitante decida que la empresa distribuidora ejecute los trabajos deberá comunicarlo de manera expresa a la

misma en el plazo de 3 meses a contar desde la recepción del presupuesto.

Igualmente, si el solicitante decidiese que fuese cualquier otra empresa instaladora legalmente autorizada la que ejecutase los trabajos deberá comunicarlo a la empresa distribuidora en el plazo de 3 meses a contar desde la recepción del presupuesto”.

6. Instalaciones interiores y de enlace.

De acuerdo con el artículo 15 del RD 842/2002, son instalaciones de enlace las que unen la caja general de protección, o cajas generales de protección, incluidas éstas, con las instalaciones interiores o receptoras del usuario. Por su parte, el artículo 16, se refiere a las instalaciones interiores o receptoras como aquellas “que, alimentadas por una red de distribución o por una fuente de energía propia, tienen como finalidad principal la utilización de energía eléctrica”.

En definitiva, las instalaciones de enlace e interiores se diferencian de las instalaciones de extensión en que su ejecución y modificación corren por cuenta del usuario, siendo dichas instalaciones de su propiedad. Los precios de estas instalaciones son libres y cualquier instalador eléctrico autorizado puede participar en el mercado.

Por el contrario, las instalaciones de extensión pasan a ser propiedad de la distribuidora desde el momento en que suministran energía eléctrica a una pluralidad de consumidores. Como queda de manifiesto en los párrafos anteriores, en ocasiones su precio está regulado y su ejecución reservada a la distribuidora.

A continuación se recogen los Hechos Probados en relación con las conductas objeto del expediente, siguiendo el relato de la Dirección de Investigación.

7. Actuaciones de EDE en relación con las instalaciones de nueva extensión de red

EDE opera en la distribución de energía eléctrica en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Cataluña, Baleares, Canarias y Extremadura. Las cuotas de mercado de Endesa por número de puntos de suministro en cada una de las provincias en que opera son las siguientes:

TABLA 1: CUOTA DE MERCADO DE EDE POR PUNTOS DE SUMINISTRO	
PROVINCIA	CUOTA DE MERCADO %
Cataluña	
Barcelona	96%
Gerona	90%
Lérida	87%
Tarragona	95%
Andalucía	
Jaén	99%
Córdoba	91%
Sevilla	98%
Huelva	88%
Cádiz	84%
Málaga	99%
Granada	96%
Almería	97%
Aragón	
Zaragoza	100%
Teruel	94%
Soria	27%
Baleares	
Baleares	99%
Canarias	
Las Palmas	100%
Sta. Cruz de Tenerife	96%
Extremadura	
Badajoz	100%

Fuente: Estadística de la Industria de Energía Eléctrica 2008 – MITyC

Como titular de la red de distribución eléctrica en sus zonas de distribución, ha de atender las peticiones de nuevos suministros de energía eléctrica o ampliación de los existentes en los términos reglamentarios previstos.

Los interesados en obtener un nuevo suministro de energía eléctrica o ampliar uno ya existente deben efectuar las peticiones a EDE, disponiendo de cuatro vías para realizar dicha solicitud: vía telefónica, presencialmente en las oficinas de atención al público de EDE, por correo ordinario o por fax. En cualquiera de los cuatro casos, deben proporcionar los siguientes datos a EDE (folios 1618-1620 y 2280-2282):

Datos generales:

- Solicitante: Persona física o jurídica que solicita el suministro. No tiene por qué ser el que finalmente lo contrate. Nombre, dirección, teléfono, DNI, correo electrónico.
- Representante: Persona física que hace la solicitud en nombre del solicitante. Nombre, dirección, teléfono, DNI, correo electrónico.
- Dirección de suministro y plano de situación.

- Fechas previstas de necesidad del suministro o inicio de construcción.

Datos técnicos: Dependen del tipo de expediente y se relacionan con los aspectos técnicos del suministro solicitado (folios 1619-1623).

Advierte EDE de que en el periodo de estudio no se han producido variaciones significativas en los datos requeridos por EDE para la atención de las solicitudes de suministro, si bien desde 2002 se ha producido un proceso de homogeneización de la información requerida por las diferentes empresas de distribución independientes que formaban parte del grupo Endesa (folio 1622).

Se observa también la existencia de un cambio durante el año 2007. Hasta entonces, los modelos de solicitud de suministro requerían los datos del solicitante de la misma y del cliente. Puede entenderse que, cuando ambas figuras eran distintas, el solicitante era el representante que actuaba en nombre del cliente. A partir del año 2007 y concretamente a partir de 2008, las solicitudes contienen los datos del solicitante y del representante que actúa en nombre de aquél (en caso de existir).

Una vez recibida la solicitud, EDE debe evaluarla y remitir en respuesta las condiciones técnico-económicas. A este respecto, se ha analizado la forma de actuar de EDE, cuyos rasgos principales se describen a continuación.

a) Contenido de las respuestas de EDE a las solicitudes de suministro

El análisis se centra en las actuaciones de EDE en relación a las solicitudes de suministro que conllevan obras de extensión no reservadas a la distribuidora por la normativa, puesto que es en este caso en el que cabría la existencia de competencia por la ejecución.

En sus respuestas a las solicitudes de suministro para obras de extensión no reservadas a la distribuidora por normativa, EDE especifica las condiciones técnicas del suministro y, en determinados casos, incluye un presupuesto para la ejecución de los trabajos necesarios para atender la petición de suministro que no están reservados a la distribuidora por normativa. Del análisis de los documentos obrantes en el expediente se desprende la existencia de diversos modelos de escrito en contestación a una petición de suministro. No obstante, es posible agrupar los modelos, a los efectos de este expediente, en tres categorías (tipos A, B y C):

- **Tipo A:** EDE envía un presupuesto desglosado que cubre la totalidad de la obra a realizar (incluyendo la parte no reservada por la distribuidora por motivos de seguridad), y comunica al cliente que debe manifestar expresamente su voluntad de realizar por su cuenta las obras no reservadas a la distribuidora para que EDE elabore un nuevo presupuesto desglosado que sólo incorpore la parte de la obra que EDE se reserva por motivos de seguridad. Esta necesidad de elaborar un nuevo presupuesto por la parte reservada a la distribuidora por motivos de seguridad, pese a contener la primera comunicación un presupuesto desglosado, deriva del desconocimiento

de la parte de la obra que se acoge a tal reserva (folios 143-145, 172-179, 366-379, 866-869, 991-993, 1011-1018, 1098-1106, 1114-1128, 1270-1276, 1351-1354, 1380-1387, 1503-1505, 1545-1546, 1549-1550, 1823-1825, 1932-1934, 1939-1941). Así, en dichas comunicaciones EDE informa al cliente en los siguientes términos:

“Alternativamente, las instalaciones de extensión pueden ser construidas a elección del solicitante mediante cualquier empresa autorizada, debiendo ser cedidas a esta empresa distribuidora, que se responsabilizará de su mantenimiento y operación; en tal caso, rogamos nos lo indique, a fin de informarle de los trámites necesarios para su ejecución y puesta en servicio con arreglo a las Normas y Técnicas de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. Unipersonal, así como del presupuesto de aquellos trabajos de extensión que afectan a instalaciones de distribución en servicio”.

“Caso de que desee realizar las instalaciones de extensión por su cuenta, rogamos nos lo indique, a fin de informarle de los trámites necesarios para su ejecución y puesta en servicio con arreglo a las Normas y Técnicas de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. Unipersonal, así como del presupuesto de adecuación y conexión a la red existente”.

- **Tipo B:** EDE envía un presupuesto desglosado que cubre la totalidad de la obra a realizar (incluyendo la parte no reservada por la distribuidora por motivos de seguridad), aunque adicionalmente se incluye otro presupuesto referido únicamente a los trabajos que se reserva por motivos de seguridad (folios 146-169, 286-292). Así lo expresa a los clientes:

“Caso que desee realizar las instalaciones de extensión de la red de distribución por su cuenta, es preciso que tenga en cuenta lo siguiente:

- *Los trabajos correspondientes a tendidos de red de B.T. y conexiones y maniobras en E.T., deben ser ejecutados por Gesa-Endesa por razones de calidad del servicio, por lo que deberá abonarnos su importe que asciende a la cantidad de [importe que corresponda en cada caso]€, (no incluye IVA) según se indica en presupuesto adjunto.*
- *Una vez realizadas las instalaciones de extensión y antes de su recepción y puesta en servicio, Gesa-Endesa deberá efectuar las verificaciones precisas para comprobar que éstas cumplen con las prescripciones reglamentarias así como las normas técnicas de Gesa-Endesa”.*
- **Tipo C:** EDE envía las condiciones técnico-económicas pero sin remitir presupuesto por la ejecución de los trabajos de extensión. Estas comunicaciones, en ocasiones, incluyen un presupuesto referido únicamente a la conexión u otros trabajos que se reserva por motivos de seguridad (folios 152, 272-278, 427-428, 493-496, 575-581, 604-605, 612-614, 634-635, 659-662, 691-692, 816-820, 999-1010, 1019-1024, 1063-1064, 1069-1070, 1161-1163, 1192-1195, 1220-1223, 1254-1265, 1284-1288, 1331-1332, 1418-1420, 1439-1443, 1464-1471, 1490-1492, 1508-1513, 1534-1535, 1544, 1789-1793,

1809-1816, 1830, 1834-1838, 1846-1848, 1927-1930, 1945-1948, 1966-1973, 1985-1991):

“De acuerdo con la legislación vigente, el montaje y desmontaje de las instalaciones de extensión a realizar a partir del punto de conexión a la red indicado deben ser ejecutadas por el solicitante a su cargo, de acuerdo con las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias, y adaptándose a las Normas Técnicas de Endesa Distribución.”

“Conforme al Real Decreto 1955/2000, las instalaciones de extensión a construir a partir del punto de conexión a la red deben ser ejecutadas por el solicitante a su cargo”.

“El entronque de dichas instalaciones con las existentes, por razones de seguridad, será realizado directamente por Endesa Distribución Eléctrica, S.L. Unipersonal, siendo el importe de este trabajo el que se detalla a continuación: (...)”.

En las cartas enviadas por EDE en contestación a una solicitud de suministro se suele expresar que la ejecución de la instalación de extensión puede realizarse contratando a otro instalador eléctrico alternativo, que llevaría a cabo todos y cada uno de los trabajos necesarios, a excepción de aquéllos que se reserve la distribuidora. Así, entre los años 2002 y 2007, las comunicaciones “tipo A” disponían por lo general de la siguiente advertencia: *“caso de que desee realizar las instalaciones de extensión por su cuenta, (...)”*. En el caso de Unelco-Endesa (Canarias), se señalaba que *“las instalaciones a construir a partir del punto de conexión a la red deben ser ejecutadas por el solicitante a su cargo (...). Si Vd. desea que dicho trabajo (...) sea realizado por Unelco Endesa (...)”*.

Desde 2007, las comunicaciones “tipo A” de EDE incluyen la siguiente aclaración: *“Alternativamente, las instalaciones de extensión pueden ser construidas a elección del solicitante mediante cualquier empresa autorizada, debiendo ser cedidas a esta empresa distribuidora, que se responsabilizará de su mantenimiento y operación; en tal caso, rogamos nos lo indique, a fin de informarle de los trámites necesarios para su ejecución y puesta en servicio con arreglo a las Normas Técnicas de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. Unipersonal, así como del presupuesto de aquellos trabajos de extensión que afectan a instalaciones de distribución en servicio”*.

Como excepción a la regla general, es preciso citar el caso de las instalaciones a ejecutar en la Comunidad Autónoma de Cataluña. En las comunicaciones de FECSA-EDE en contestación a una solicitud de suministro no se hace mención, en la mayoría de los casos, a la posibilidad de que los trabajos de extensión sean encargados a instaladores independientes (folios 314-321, 446-451, 643-648, 836-841, 906-913, 1706-1714, 1721-1729, 1738-1742, 1759-1761, 1770-1725, 1834-1838, 1846-1848, 1985-1991). EDE manifiesta que en 2006 incluyó de forma sistemática en los modelos informáticos la mención a la posibilidad de que la instalación de extensión fuera ejecutada por el solicitante contratando cualquier instalador eléctrico alternativo, si bien deja abierta la posibilidad a que pudieran existir casos aislados en que, antes de 2006, no existiera tal mención (folio 2642).

No obstante, constan en el expediente escritos en que la modificación no se había aún producido en 2006 (folios 643-648) y 2007 (folios 836-841, 906-913). A partir de 2008, sí se informó en todos los casos.

b) Destinatarios de las respuestas de EDE a las solicitudes de suministro

EDE precisa que las condiciones técnico-económicas se envían directamente al cliente, salvo que éste haya designado un representante en las relaciones con la empresa (solicitante). En este segundo caso, EDE envía las condiciones técnico-económicas al solicitante, informando al cliente mediante carta de que se ha recibido una solicitud en su nombre y que se ha procedido a enviar la respuesta a dicha solicitud al solicitante (folio 1625).

Del análisis de las comunicaciones contenidas en el expediente, puede concluirse que cuando el representante/solicitante y el cliente son personas distintas, en la mayoría de ocasiones, el presupuesto global de ejecución de la instalación de extensión (comunicaciones “tipos A y B”) se envía al solicitante (folios 286-292, 991-993, 1011-1018, 1706-1714) aunque en otras se envía al cliente (366-372, 1660-1666, 1809-1816, 1927-1930).

Entre los años 2007 y 2009 el 31% de las solicitudes de suministro que conllevaron una obra de extensión no reservada a la distribuidora se realizaron a través de representante (folio 1624). No obstante, pese a que es posible diferenciar del total de solicitudes cuáles han sido gestionadas por un representante, no existe información detallada y sistemática sobre el tipo de operador (instalador, consultor, ingeniero, constructor, etc.) que actuó como tal en cada caso

c) Grado de aceptación de los presupuestos de instalación remitidos por EDE

Aunque la Dirección de Investigación solicitó información desde el año 2000, EDE sólo dispone de información desde el año 2003, debido a la existencia de varias empresas distribuidoras hasta esa fecha. Adicionalmente, la información correspondiente al año 2003 no ha sido incorporada por no ser posible su desglose por tipo de ejecución.

Entre los años 2004 y 2009, EDE atendió [...] peticiones de suministro que incluían trabajos de extensión (reservados y no reservados por normativa). De ellas, cerca de un [30-40]% ([...]) conllevaba exclusivamente trabajos de extensión de ejecución reservada a la distribuidora por normativa (folios 1624-1628 y 2651).

TABLA 2: PETICIONES DE SUMINISTRO RECIBIDAS POR EDE

Año	Peticiones de Suministro	Ejecución No Reservada	Ejecución Reservada
2004	[...]	[50-60]%	[40-50]%
2005	[...]	[50-60]%	[40-50]%
2006	[...]	[50-60]%	[40-50]%
2007	[...]	[50-60]%	[40-50]%
2008	[...]	[60-70]%	[30-40]%
2009	[...]	[60-70]%	[30-40]%
Total	[...]	[50-60]%	[40-50]%

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

Fuente: EDE

En todos los demás suministros, que incluían trabajos de extensión no reservados a la distribuidora por normativa ([...]), EDE envió presupuesto desglosado para la ejecución de las obras de extensión en [...] ocasiones, que representan casi un [70-90]% de las solicitudes. Se limitó a remitir las condiciones técnico-económicas en un [20-30]% de las solicitudes ([...]), comunicando al solicitante la necesidad de contratar un instalador autorizado.

De los casos en que EDE envió presupuesto, el mismo incluyó la totalidad de la obra a realizar (contestaciones “tipos A y B”) en un [20-40]% de los casos ([...] ocasiones)¹. En el [...] % de las solicitudes de suministro restantes ([...] solicitudes), que implicaban la ejecución de una instalación de extensión no reservada por normativa, el presupuesto se limitó a determinados trabajos, cuya ejecución EDE se reservó por motivos de seguridad y calidad del suministro (contestaciones “tipo C”).

¹ EDE no ha podido distinguir entre los casos en que además del presupuesto global se incorporaba, en la misma comunicación, un presupuesto referido exclusivamente a los trabajos reservados por motivos de seguridad, siendo éste el factor que distingue los tipos de comunicaciones que se han denominado “tipos A y B”. Atendiendo al número reducido de casos que obran el expediente en que el presupuesto se incluía en la primera comunicación, se puede inferir que el número de casos en que se adjunta un presupuesto adicional relativo a los trabajos reservados por motivo de seguridad en la primera comunicación en contestación a una solicitud de suministro es bajo. Asimismo, EDE señala que existen casos en que el presupuesto se envió en la 2ª o siguientes comunicaciones, si bien estima que en el 99% de las ocasiones en que se envió presupuesto global, éste se incluyó en la contestación a la solicitud de suministro, es decir, en la primera comunicación con el cliente (folio 2848).

TABLA 3: PRESUPUESTOS ENVIADOS (PRESUPUESTOS GLOBALES Y POR PARTE RESERVADA POR MOTIVOS DE SEGURIDAD) Y ACEPTADOS				
AÑO	TOTAL PETICIONES SUMINISTRO TRAMITADAS EN LAS QUE SE HA ENVIADO PRESUPUESTO (GLOBAL Y POR PARTE RESERVADA)		PRESUPUESTO ACEPTADO	
2004	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[70-80]%	[70-80]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[20-30]%	[30-40]%
2005	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[60-70]%	[60-70]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[30-40]%	[30-40]%
2006	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[60-70]%	[60-70]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[30-40]%	[30-40]%
2007	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[70-80]%	[50-60]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[20-30]%	[40-50]%
2008	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[70-80]%	[60-70]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[20-30]%	[30-40]%
2009	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[70-80]%	[60-70]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[20-30]%	[30-40]%
Total	[...]	Ejecución Reservada por motivos seguridad	[...]	[...]
			[70-80]%	[60-70]%
		Ejecución Global	[...]	[...]
			[20-30]%	[30-40]%

Fuente: EDE

Los presupuestos por la totalidad de la obra de extensión remitidos por EDE fueron finalmente aceptados, en promedio, en un [30-40]% de los casos. A ello habría que añadir un reducido número de casos en que el presupuesto se aceptó parcialmente, realizando el solicitante por su cuenta alguno de los trabajos ([0-10]% del total). Por su parte, los presupuestos por la ejecución de los trabajos reservados por motivos de seguridad fueron aceptados por los solicitantes en un [60-70]% de las ocasiones. En el resto de casos, de acuerdo con EDE, la obra no sería finalmente ejecutada (folio 2848).

d) Razones para el envío de una u otra comunicación

EDE alega diversas razones por las que envía un presupuesto por la ejecución de la totalidad de la instalación de extensión (comunicaciones “tipos A y B”), que se pueden resumir en los siguientes puntos (folios 2569-2570):

- La correcta ejecución de las instalaciones de carácter general, que abastecerán a un alto número de usuarios, tiene una afectación directa en el negocio de EDE, debiéndose garantizar la calidad y la continuidad del suministro.
- Las grandes instalaciones se realizan en distintas fases, que requieren una disponibilidad escalonada de potencia eléctrica. EDE puede llevar a cabo una mejor y más precisa programación de las instalaciones pendientes, combinando las nuevas instalaciones con las ya existentes.
- En ocasiones, estas instalaciones son solicitadas por una pluralidad de promotores a los que EDE puede plantear una solución técnica conjunta, reduciendo los costes de operación y mantenimiento.

La tabla siguiente muestra el total de presupuestos globales (comunicaciones “tipos A y B”) enviados por EDE en el periodo 2004-2009 en contestación a una solicitud de suministro que requería la ejecución de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor por normativa, desglosando los resultados por intervalos de potencia demandada por el solicitante (folio 2646). Se observa así que el envío de presupuestos globales en función de las solicitudes recibidas crece a medida que la potencia demandada para la instalación de extensión es mayor. De hecho, ambas variables están perfectamente correlacionadas²: es decir, EDE envía presupuestos por la ejecución de la totalidad de la instalación de extensión en mayor proporción a las obras de mayor potencia (lo que normalmente implica también mayor coste económico de la instalación).

² El coeficiente de correlación de Pearson, que mide la relación lineal entre dos variables aleatorias cuantitativas, arroja un valor de 0,956. A diferencia de la covarianza, la correlación de Pearson es independiente de la escala de medida de las variables. El valor del índice de correlación varía en el intervalo [-1, +1]:

Si $r = 1$, existe una correlación positiva perfecta. El índice indica una dependencia total entre las dos variables: cuando una de ellas aumenta, la otra también lo hace en proporción constante.

Si $0 < r < 1$, existe una correlación positiva.

Si $r = 0$, no existe relación lineal.

Si $-1 < r < 0$, existe una correlación negativa.

Si $r = -1$, existe una correlación negativa perfecta. El índice indica una dependencia total entre las dos variables: cuando una de ellas aumenta, la otra disminuye en proporción constante.

TABLA 4: PRESUPUESTOS GLOBALES ENVIADOS DESGLOSADOS POR POTENCIA DEMANDADA			
Escalón	Total Solicitudes	Presupuesto Global Enviado	Presupuesto Global Enviado (%)
<i>Menos 5kW</i>	[...]	[...]	[10-20]%
<i>Entre 5kW y 10kW</i>	[...]	[...]	[10-20]%
<i>Entre 10kW y 20kW</i>	[...]	[...]	[10-20]%
<i>Entre 20kW y 30kW</i>	[...]	[...]	[20-30]%
<i>Entre 30kW y 60kW</i>	[...]	[...]	[30-40]%
<i>Entre 60kW y 80kW</i>	[...]	[...]	[40-50]%
<i>Entre 80kW y 100kW</i>	[...]	[...]	[40-50]%
<i>Entre 100kW y 150kW</i>	[...]	[...]	[40-50]%
<i>Más de 150kW</i>	[...]	[...]	[50-60]%
Totales	[...]	[...]	[20-30]%

Fuente: EDE

Respecto a las instalaciones “de menor relevancia y de carácter más reiterado”, señala EDE, el envío de presupuestos por la distribuidora resulta menos prioritario y dependerá de la capacidad disponible para asumir los trabajos, variable según la actividad del mercado (folio 2570). En estos casos, EDE envía, por lo general, comunicaciones “tipo C”.

e) Facturación

La facturación de EDE por la ejecución de instalaciones de extensión de la red de distribución no reservadas por normativa en cada uno de los años considerados ascendió a:

TABLA 5: FACTURACIÓN DE EDE POR EJECUCIÓN DE INSTALACIONES DE EXTENSIÓN NO RESERVADAS(*)	
Año	Volumen de negocios (€)
2002	[...]
2003	[...]
2004	[...]
2005	[...]
2006	[...]
2007	[...]
2008	[...]
2009	[...]
2010	[...]
2011	[...] (**)
Total	[...]

Fuente: EDE

(*) Excluye la facturación correspondiente a la Isla de Mallorca

(**) Del 1 de enero de 2011 al 7 de diciembre de 2011

f) Ejecución de los trabajos de instalación de extensión

EDE no realiza directamente las obras de instalaciones de extensión, sino que las subcontrata a empresas instaladoras a través de un procedimiento de licitación abierta basada en criterios técnicos (folios 1629-1630). EDE también subcontrata a diversas empresas la ejecución de las acometidas que no tiene reservadas como distribuidora. De hecho, carece de instaladores eléctricos en plantilla y la subcontratación abarca tanto las obras de ejecución de acometidas (tanto obligatorias como no, de extensión natural de la red y nueva extensión de red,...) como el desempeño de trabajos de operación y mantenimiento (folios 1629-1630 y 2254-2255).

Por tanto, EDE participa activamente en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas, remitiendo un presupuesto al cliente, con independencia de que posteriormente subcontrate la ejecución física a otros instaladores a cambio de una retribución.

Según EDE, en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas su cuota en las zonas de distribución, incluyendo las instalaciones de extensión no reservadas en las que EDE participó en una parte de la obra es la siguiente:

TABLA 6: CUOTA DE MERCADO DE EDE EN EL MERCADO DE INSTALACIONES DE EXTENSIÓN NO RESERVADAS EN SU ZONA DE DISTRIBUCIÓN POR CC.AA. (incluye ejecución parcial)						
Año	Aragón	Baleares	Canarias	Cataluña	Sur	Total
2004	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%
2005	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%
2006	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%
2007	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	[0-10]%	[10-20]%
2008	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	[0-10]%	[0-10]%
2009	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	[0-10]%	[0-10]%

Fuente: EDE

8. Reserva de trabajos por motivo de seguridad

FENIE denuncia el hecho de que EDE se reserve la ejecución de determinados trabajos por motivos de seguridad, cuando a la vista de los trabajos que se reserva, éstos no plantean problemas de peligrosidad o calidad del servicio (folio 6), privando al resto de instaladores de su ejecución.

Tal y como destaca la CNE en su informe (folio 2810) y como se desprende del expediente (folio 2572-2575), los trabajos reservados por la distribuidora por motivos de seguridad y calidad del suministro que se analizan en el expediente son de dos tipos.

- En la mayoría de las ocasiones (71% del total de 42 casos que constan en el expediente), la reserva se refiere únicamente al **entronque o conexión** de la nueva instalación de extensión a la red de distribución (folios 428, 494, 1464, 1544, 1824, entre otros). Esto está claramente establecido en la normativa, que dice (art. 10.4 del RD 222/2008): “la empresa distribuidora será

responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente, sin perjuicio de dar cumplimiento a la normativa y protocolos de seguridad”.

- En el resto de casos que obran en el expediente, EDE se reservó la ejecución de las obras de ampliación o modificación de las redes en tensión (folios 1255, 1285, 1420, 1440, 1509, 1511, 1682, entre otros).

Pese a que la normativa deja abierta la posibilidad de que EDE se reserve determinados trabajos por motivos de seguridad, ésta no ha establecido aún las actuaciones, relacionadas con las acometidas eléctricas, que deben ser realizadas por la distribuidora por motivos de seguridad (Informe CNE, folio 2812). La normativa no se refiere directamente a estos trabajos, si bien, las empresas distribuidoras se han reservado tradicionalmente su ejecución en base a lo dispuesto en el art. 41 de la LSE (folio 2572):

“Serán obligaciones de las empresas distribuidoras:

[...]

b) Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas.

Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad del suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros.”

Por otro lado, EDE apunta a otro motivo para la reserva de trabajos por motivos de seguridad, como es la obligación de EDE, como titular de las instalaciones eléctricas de su propiedad, de velar por la seguridad de las personas que tienen acceso a ellas y, en particular, procurar que el manejo por terceros de redes en tensión no provoque riesgos para las personas y posibles accidentes que puedan tener muy graves consecuencias en caso de contacto eléctrico.

De este modo, aclara EDE que los mayores riesgos de seguridad en las personas y de corte de fluido eléctrico se dan en la realización de trabajos sobre instalaciones de la red de distribución que están en servicio. Este tipo de trabajos son de dos tipos:

- El entronque y conexión a la red de distribución.
- La ampliación, mejora o modificación de la red en servicio.

La CNE, en su informe, coincide con EDE en que son esos dos tipos de trabajos los que, en general, la distribuidora puede reservarse: La ampliación, mejora y modificación de la red en servicio (por motivos de seguridad) y el entronque, por motivo de seguridad hasta la entrada en vigor del RD 222/2008 y por precepto normativo desde entonces (folio 2813-2814).

EDE ha reconocido que presupuestó y facturó a los clientes por los trabajos de entronque y conexión hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha en la que la empresa considera que entró en vigor el artículo 10 del RD 222/2008 (folios 2746-2747).

La facturación de EDE desde el 18 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009 relativo a la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución en todo el territorio español es la siguiente:

- Del 18 de marzo de 2008 al 31/12/2008: [...] €
- En el ejercicio 2009: [...] €

9. Sobre la publicidad y oferta de instalaciones eléctricas y servicios de telecomunicaciones

De acuerdo con la denunciante, EDE publicita y ejecuta por sí misma diversas instalaciones eléctricas (domótica, aire acondicionado, instalaciones de energía solar fotovoltaica y térmica) e instalaciones de telecomunicaciones. Aporta como documentos de prueba diversos folletos publicitarios (folios 30-141).

No obstante, en tales documentos consta que es Endesa Energía, comercializadora del Grupo Endesa, la que lleva a cabo la comercialización de tales servicios, lo que EDE reconoce (folio 2411). De hecho, en dichos documentos figura la página Web de la comercializadora (www.endesaonline.com) así como diversos números de teléfono de atención al cliente de la comercializadora. Pese a que no hay duda de que es Endesa Energía la empresa que ofrece los citados servicios, se aprecia que en algunos folletos, en la última página, se recoge junto al logo de Endesa una clasificación con los nombres con los que, por regiones, se conoce a la distribuidora EDE (FECSA, UNELCO, Sevillana, ERZ y GESA) (folios 54, 56, 67, 69 y 125), si bien no aparece ningún dato de contacto (telefónico, postal o electrónico) de éstas.

10. Sobre los servicios de reparación y mantenimiento.

Con el servicio “Electricidad Total”, así como con otros servicios (Servicio de Mantenimiento a Punto (SMAP), Servicio de Climatización o la Campaña específica de la Dirección Empresas) de mantenimiento y reparación, Endesa Energía ofrece al cliente una cierta cobertura ante eventualidades en la instalación eléctrica del hogar. A través de estos servicios, Endesa Energía ofrece a sus clientes un servicio de mantenimiento y asistencia de emergencia de las instalaciones y electrodomésticos del hogar a cambio de una determinada retribución mensual.

De acuerdo con la denunciante, Endesa Energía hace uso de los recursos de la distribuidora de su grupo empresarial al enviar la publicidad sobre sus servicios de reparación. Según la denunciante, en ocasiones, las ofertas de mantenimiento y reparación de Endesa Energía se adjuntaban a las facturas de consumo de los antiguos consumidores a tarifa a los que suministraba EDE hasta junio de 2009

(introduciendo las ofertas en el mismo sobre o en los reversos de las facturas), mientras que, en otros casos, se envían de forma independiente pero con referencia y los anagramas de la empresa distribuidora de la zona. A juicio de la denunciante, existen indicios de que Endesa Energía ha tenido y tiene acceso a la base de datos de la distribuidora (folios 5-6).

En contestación al requerimiento de información de 18 de octubre de 2010 (folios 2441-2540), Endesa Energía describe el sistema a través del cual realiza las ofertas relacionadas con la instalación, reparación y mantenimiento de instalaciones eléctricas, que a continuación se resume. Aporta asimismo documentos justificativos del funcionamiento del sistema.

La comercialización por Endesa Energía de los citados servicios se realiza a través de tres vías principales (folios 2441-2442):

- [...]
- [...]
- [...] (folio 2442):
 - [...]
 - [...]

Endesa Energía manifiesta expresamente, respecto a la acusación de incluir las ofertas en las facturas de los clientes a tarifa, no haber incluido publicidad de campañas comerciales de venta ni de material promocional en la correspondencia dirigida a los antiguos clientes a tarifa (folio 2443), [...].

Por último, los Puntos de Servicio de Endesa Energía son establecimientos subcontratados por Endesa Energía para la comercialización de productos y servicios energéticos y no energéticos.

Pese a que no hay duda de que es Endesa Energía la empresa que ofrece los servicios de mantenimiento y reparación, se aprecia que en algunos folletos publicitarios, en la última página, se recoge junto al logo de Endesa una clasificación con los nombres con los que, por regiones, se conoce a la distribuidora EDE (FECSA, UNELCO, Sevillana, ERZ y GESA) (folios 65 y 136), si bien no aparece ningún dato de contacto (telefónico, postal o electrónico) de éstas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento

En el presente caso se examinan tres conductas que, según la denuncia de FENIE, habría podido protagonizar ENDESA. (1) La prestación de servicios y la comercialización de productos por parte de EDE aprovechando su posición de

dominio en el mercado de distribución de energía eléctrica; (2) la oferta y prestación de servicios de reparación por parte de la comercializadora del grupo (Endesa Energía) valiéndose del nombre y la cartera de clientes de la distribuidora y (3) el envío de presupuestos completos para la ejecución de instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora en contestación a una solicitud de suministro así como la reserva de trabajos por motivos de seguridad y calidad del servicio.

La Dirección de Investigación analiza si estas conductas pueden constituir un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia. A partir de los Hechos Probados, la Dirección de Investigación valora y califica de la siguiente forma las diferentes conductas analizadas:

Sobre la actuación de Endesa en el mercado de las instalaciones eléctricas interiores, los servicios de telecomunicaciones y en el mercado de servicios de reparación y mantenimiento

La Dirección de Investigación parte de la separación de funciones que predica el artículo 14 de la LSE, que incluye la obligación de que las sociedades que realicen actividades reguladas, así como sus trabajadores, no compartan información comercialmente sensible con las empresas del grupo de sociedades al que pertenezcan en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas.

EDE ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad en diversas zonas eléctricas bajo su gestión en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias y Extremadura, entre otras.

La denuncia apunta a una infracción que derivaría del supuesto aprovechamiento por EDE de su especial posición como distribuidor de electricidad para competir en los mercados relacionados de instalaciones interiores (de electricidad y telecomunicaciones).

Sin embargo, en opinión de la Dirección de Investigación, EDE no compite en estos mercados. Es la comercializadora del grupo, Endesa Energía, y no EDE como pretende la denunciante, la compañía que ofrece la ejecución de diversas instalaciones eléctricas, de calefacción y de aire acondicionado. También es Endesa Energía quien presta el servicio “Electricidad Total” y el resto de servicios vinculados al mantenimiento y reparación de instalaciones y aparatos eléctricos a los clientes, a los que se refiere la segunda conducta denunciada.

Endesa Energía no tiene limitación normativa para ofrecer a sus clientes servicios no regulados, ya sea aisladamente o empaquetados junto con otros. Debe hacerlo, eso sí, respetando el principio de separación funcional y sin emplear indebidamente información procedente de la empresa distribuidora.

No se han aportado por el denunciante ni se han encontrado indicios de que Endesa Energía se haya valido de la posición de EDE para competir en la oferta de instalaciones interiores. Consta acreditado en el expediente que EDE no ha publicitado los servicios prestados por Endesa Energía mediante la introducción

de ofertas y publicidad de tal servicio en los sobres de las facturas de los clientes a tarifa ni hay evidencia de que haya prestado acceso a su base de datos de clientes a la comercializadora del grupo con este fin.

La Dirección de Investigación observó que en la última página de algunos de los folletos informativos de Endesa Energía, se recogen los nombres comerciales de las antiguas distribuidoras que formaban parte del grupo. En el PCH la Dirección de Investigación consideró que esa mención podría resultar suficiente para proporcionar una ventaja significativa a la comercializadora, lo que constituiría un abuso de posición de dominio en el mercado conexo de reparación y atención de urgencias eléctricas, así como en el mercado conexo de comercialización a clientes residenciales y PYMES.

Sin embargo, en la Propuesta de Resolución la Dirección de Investigación, a la vista de las alegaciones de la empresa, concluye que no ha quedado acreditado que EDE haya cometido una infracción del artículo 2 consistente en favorecer a la comercializadora del grupo, permitiéndole el uso de sus nombres comerciales en las ofertas realizadas por diversos servicios no regulados. Ello por dos motivos.

Primero, porque en las alegaciones al PCH EDE ha probado ante la Dirección de Investigación que tanto Endesa S.A., sociedad matriz del grupo Endesa, como EDE tienen registradas marcas con nombres y logotipos muy similares. Es por ello que, como apunta EDE, Endesa Energía no requiere de su consentimiento para utilizar tales marcas. Este hecho puede generar confusión en el cliente, pero, de suponer una conducta anticompetitiva, ésta sería imputable a Endesa S.A, no a EDE.

Segundo, la Dirección de Investigación concluye que no se puede considerar acreditado el carácter anticompetitivo de la conducta porque: *“... a la vista de los documentos publicitarios, se observa que (1) los nombres relacionados con la distribuidora se encuentran sólo en la contraportada del folleto, (2) que ni siquiera se trata de los logotipos que la empresa distribuidora (aunque tampoco son los propios de la comercializadora) tiene registrados, (3) que todos los nombres se encuentran subordinados (letra de menor tamaño, un solo color, etc.) al logotipo de Endesa que domina la cara de la hoja y (4) que los teléfonos y direcciones web recogidas son los de Endesa Energía. En definitiva no se observa que el uso de esos nombres, pese a que podría inducir a error, pueda ser suficiente para proporcionar una ventaja significativa a la comercializadora y, por tanto, para falsear la competencia”*.

Sobre la actuación de ENDESA en relación con las instalaciones eléctricas

La Dirección de Investigación analiza, por un lado, si EDE ha cometido un abuso de posición de dominio al realizar las ofertas a los clientes demandantes de nuevos suministros (o de ampliación de potencia de los existentes) y, en segundo lugar, si EDE se reserva la ejecución de instalaciones por motivos de seguridad más allá de lo pretendido por la regulación.

Realización de ofertas por parte de la distribuidora tras la recepción de una solicitud de suministro.

Dos son los mercados relevantes afectados a juicio de la Dirección de Investigación:

- El mercado de redes de distribución en cada una de las zonas de distribución gestionadas por EDE y, en especial en las localizadas en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias y Extremadura. EDE tiene posición de dominio en cada una de las zonas de distribución que gestiona.
- El mercado de instalaciones eléctricas de extensión de ejecución por cuenta del solicitante o no reservadas al distribuidor, de dimensión nacional. En este mercado la Dirección de Investigación no concluye que EDE tenga una posición de dominio, pero si que *“la empresa distribuidora se encuentra en una situación de clara ventaja comercial y económica, al tener conocimiento de todas las solicitudes de suministro eléctrico (y con ello de la necesidad/voluntad inminente de los consumidores de ejecutar una instalación de extensión)”*.

La Dirección de Investigación describe que de acuerdo con la normativa vigente, pueden distinguirse dos grandes categorías de obras de extensión: las reservadas al distribuidor 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, el distribuidor está obligado a su realización, a cambio de lo cual percibe los derechos de extensión regulados. Las segundas deben ser ejecutadas a costa del solicitante por cualquier instalador o por la propia distribuidora.

La normativa obliga al distribuidor, en el caso de obras de ejecución por cuenta del solicitante, a facilitarle los datos técnicos a efectos de que pueda acudir a cualquier instalador que le satisfaga. También a detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora.

Sin embargo, según la Dirección de Investigación ha comprobado, ENDESA no se limita a enviar las condiciones técnico-económicas.

“(109) Ha quedado acreditado que, en sus respuestas a las peticiones de suministro que implican la ejecución de una instalación de extensión no reservada a la distribuidora, EDE incluye en un 30% de los casos un presupuesto detallado del total de la obra a realizar, incluyendo la parte no reservada al distribuidor. De acuerdo con los datos aportados por EDE, el presupuesto por la totalidad de la instalación de extensión (comunicaciones “tipo A y B”) se envía selectivamente en contestación a determinadas solicitudes. En particular, la proporción de casos en que se envía presupuesto completo crece drásticamente, a medida que crece la potencia solicitada y, con ello, el precio de la instalación de extensión a ejecutar.

(110) También ha quedado acreditado que, en la gran mayoría de los casos, EDE indica al cliente la opción de no aceptar su oferta y contratar un instalador eléctrico alternativo, pero es el cliente quien debe manifestar expresamente su voluntad de realizar las obras por su cuenta. Sólo en este caso, EDE envía un

nuevo presupuesto referido sólo la parte de la obra que EDE se reserva por motivos de seguridad y calidad del suministro”.

(...)

(112) El envío de presupuesto por EDE a los clientes por la parte de la obra que no está reservada al distribuidor (ni por normativa ni por razones de seguridad) va más allá de lo que exige la normativa (art. 103.2.A del RD 1955/2000). Sin embargo, en aquellos casos en que EDE lo ha estimado oportuno (en un 30% de las solicitudes de suministro recibidas que requerían la ejecución de una instalación de extensión) y, en general, en los casos en que mayor era la envergadura de la instalación a realizar o disponía de recursos ociosos, EDE ha dado presupuesto desglosado por la totalidad de la obra a realizar.

(113) Esto supone que EDE usa información a la que tiene acceso privilegiado por su condición de distribuidor (la identidad de cada cliente que necesita una instalación y todos los detalles técnicos del punto de suministro) para ofertar la ejecución de los trabajos, información que no es accesible a ningún otro instalador. Supone, también, que la oferta de EDE es la primera que recibe el cliente y que EDE aprovecha la remisión de una respuesta al cliente a la que está 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 una parte muy atractiva del mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor (las instalaciones de mayor presupuesto económico) a otros competidores, los instaladores independientes.

La efectividad de su conducta se ve potenciada por el hecho de que EDE se puede apoyar en su imagen de marca para realizar ofertas como instalador.

En suma, EDE dispone de una información de alto valor comercial para competir en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor y emplea la misma para seleccionar las ofertas de mayor envergadura y presupuesto económico y enviar su oferta con una antelación y en unas condiciones no replicables por ningún instalador. Esta forma de actuar conlleva que la competencia en el mercado de las instalaciones no reservadas (en concreto, en la parte más atractiva del mismo) se vea restringida en el ámbito geográfico de sus zonas de distribución.

En vista de ello, concluye la Dirección de Investigación:

(129)”... esta Dirección de Investigación considera que EDE 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: (i) no comunicar en todas las ocasiones la información suficiente para que el cliente pueda acudir a otros instaladores en igualdad de condiciones y (ii) 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”.

La Dirección de Investigación considera que la actuación de EDE, en la medida en la que afecte adversamente a las condiciones en las que empresas

instaladoras de cualquier país de la UE pueden acceder al mercado de instalaciones de extensión en Cataluña, Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias y Extremadura y en el resto de zonas de distribución gestionadas por EDE, tiene aptitud para afectar al comercio entre Estados miembros de la UE. Por lo tanto, también puede constituir una infracción del artículo 102 del TFUE.

Según ha acreditado la Dirección de Investigación, esta conducta se habría venido produciendo, al menos, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000.

Se debe resaltar que la Dirección de Investigación excluye de su imputación esta conducta de EDE en lo que se refiere al ámbito geográfico de la Isla de Mallorca. En la Resolución 606/05 ASINEM/ENDESA se sancionó a ENDESA por la comisión de una conducta semejante en dicho territorio, lo cual es objeto de estudio en el correspondiente expediente de vigilancia.

Reserva de trabajos por motivo de seguridad.

Tal y como consta en los Hechos Probados, EDE se reserva los trabajos de conexión de la nueva instalación de extensión a la red de distribución, así como los trabajos de mejora u ampliación a realizar en la propia red de EDE para permitir el nuevo suministro.

Respecto a los trabajos de mejora y ampliación de red dice la Dirección de Investigación:

(131) Los trabajos de ampliación y modificación de la red son los necesarios para adecuar la red de distribución (adaptaciones, adecuaciones o refuerzos) con anterioridad a la conexión de una nueva instalación de extensión. Se trata de trabajos que se realizan en la propia red de distribución, por lo que las empresas distribuidoras se han venido reservando su ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en el informe de la CNE (folio 2810).

(132) Respecto a estos trabajos, la CNE ya se ha manifestado en múltiples ocasiones a favor de que sea la propia empresa distribuidora quien ejecute los trabajos por motivos de seguridad y calidad del suministro a costa, en su caso, de los solicitantes de tales suministros (ver párrafos 35 y 36). En todo caso, la CNE advierte en su informe que, en general, los presupuestos enviados por EDE “adolecen de una insuficiente descripción y desglose de sus partidas, por lo que existe no poca incertidumbre acerca de la correcta comprensión de las actuaciones a realizar, en cada caso, por la empresa distribuidora” (folio 2814).

(133) Por tanto, EDE podría estar reservándose más trabajos de los estrictamente necesarios para garantizar el buen funcionamiento de la red y la seguridad de las personas, teniendo en cuenta que los instaladores están habilitados por la Administración competente para llevar a cabo trabajos en Baja, Media y Alta Tensión, según el caso. Ahora bien, sería la Comunidad Autónoma en cada caso la competente para determinar si técnicamente existiría justificación para cada reserva y, en caso contrario, si se habría producido una vulneración de la normativa sectorial.

Respecto a la reserva de los trabajos de conexión, en el informe de la CNE remitido a petición de la Dirección de Investigación (folio 2810), se dice que por entronque y conexión se entiende *“el conjunto de operaciones necesarias para enlazar o unir físicamente las instalaciones de nueva extensión de red de distribución con las ya existentes, una vez, en su caso, acondicionadas estas últimas para hacer posible dicha unión y posterior accionamiento de los elementos de maniobra (seccionador, interruptor, colocación de fusibles) para poner en tensión la instalación de nueva extensión de red de distribución hasta la frontera con las instalaciones receptoras de los clientes –propiedad de éstos”*.

Con anterioridad a la entrada en vigor del RD 222/2008, la normativa no establecía expresamente la posibilidad de reservarse para sí la ejecución de los trabajos de conexión, si bien EDE tradicionalmente se los ha venido reservando y ha cobrado a los solicitantes el precio que ha estimado conveniente.

Posteriormente, el art. 10.4 del RD 222/2008 estableció que *“la empresa distribuidora será responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente, sin perjuicio de dar cumplimiento a la normativa y protocolos de seguridad”*. Por tanto, desde la entrada en vigor del RD 222/2008 (es decir, el 16 de febrero de 2008), la normativa no sólo permite sino que obliga a EDE a reservarse para sí esos trabajos, pero no le habilita a cobrar cantidad alguna a los solicitantes por unos trabajos cuyo coste le obliga a asumir.

Sin embargo, EDE lo vino haciendo hasta que *“la aprobación de la normativa de desarrollo correspondiente hizo posible que las disposiciones del RD 222/2008 entrasen en vigor”*, lo que EDE sitúa en el 1 de enero de 2010, con la entrada en vigor de la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

La Dirección de Investigación considera que *“EDE ha estado abusando de su posición de dominio en el mercado de distribución de energía eléctrica al cobrar un precio excesivo por unos trabajos que la normativa no le permitía cobrar y que el sistema ya le reconocía. Es preciso tener en cuenta que, ante la reserva de estos trabajos y la fijación del precio por parte de la distribuidora, al cliente no le quedaba otra opción que pagar para poder realizar la conexión de su nueva instalación de extensión con la red de distribución”*. Ello supone en opinión de la Dirección de Investigación una vulneración del art. 2 de la LDC.

SEGUNDO.- Alegaciones de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

En las alegaciones a la propuesta de Resolución EDE muestra su conformidad con la conclusión de la Dirección de Investigación de que no existe infracción respecto a la primera de las conductas analizadas referida al uso de marcas y nombres comerciales de la distribuidora.

Con respecto a la conducta relacionada con el envío de presupuestos junto con las condiciones técnico-económicas, EDE realiza dos alegaciones previas. Por un lado, que en aplicación del artículo 68.1 LDC, cualquier supuesta infracción

derivada del envío de presupuestos anteriores al 16 de febrero de 2006 habría prescrito, sin que sea de aplicación la doctrina de las "infracciones continuadas". Por otro, que al amparo de la conocida jurisprudencia "Tandem-Ruta Sur" del Tribunal Supremo, una conducta cuya naturaleza abusiva no es predecible para su autor no resulta típica - y por tanto no puede considerarse abusiva-, lo que ocurriría en el presente caso respecto de los presupuestos enviados por EDE antes del 16 de diciembre de 2006 (fecha en que se dictó la Resolución "ASINEM/Endesa").

En escrito recibido el 26 de diciembre de 2011, EDE invoca la incidencia que en este procedimiento pueda tener la nueva redacción dada al artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008 por la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico. Considera que esta modificación normativa afecta a la tipificación de la conducta puesto que la ampara e invoca el principio de norma sancionadora más favorable para argumentar que no deben considerarse sancionables conductas ahora amparadas normativamente.

Al margen de todo ello, en cuanto al carácter anticompetitivo de la conducta, EDE ha realizado una serie de alegaciones a lo largo del procedimiento.

En primer lugar, considera EDE que la carta que envía al consumidor no sólo incluye información técnica y un presupuesto comercial, sino también una advertencia expresa y escrita de que la acometida puede ejecutarse por cualquier instalador autorizado. EDE sostiene que este aviso desactiva por sí solo el eventual riesgo de confusión del cliente de que es la distribuidora quien puede ejecutar la obra.

En segundo lugar, la inclusión de un presupuesto en la primera carta que recibe el cliente facilita el que se recaben presupuestos alternativos, al permitir tomar como presupuesto de referencia la oferta comercial original presentada por la distribuidora.

En tercer lugar, manifiesta que con objeto de cumplir lo dispuesto en la Resolución "ASINEM/ENDESA", EDE decidió modificar su política comercial en aquellos casos en que el cliente le solicitara un nuevo punto de suministro a través de un representante; en concreto, EDE comenzó a enviar el presupuesto sólo al representante (no al consumidor), si bien notificando al consumidor que había dirigido una oferta comercial a dicho representante. Con ello considera que cumple con la Resolución, al respetar el trabajo comercial previo de los instaladores independientes y garantizar una presión competitiva a la baja.

En cuarto lugar, EDE ha presentado informes de consultora que vienen a acreditar que la mayoría de los destinatarios de las cartas son clientes empresariales (y no personas físicas), habituados a solicitar varios presupuestos alternativos antes de seleccionar a un instalador y que la recepción temprana de un primer presupuesto comercial de la distribuidora les facilita la tarea de solicitar ofertas alternativas en el mercado. EDE presentó un Dictamen Pericial

Complementario, cuyo objeto es contrastar las conclusiones del Primer Dictamen Pericial a través de un estudio de campo que recogiera la percepción de los clientes de EDE en relación con las conductas imputadas. Para ello realiza una encuesta sobre una muestra aleatoria de 100 clientes, el 21% eran empresas de servicios de ingeniería, el 36 % instaladores eléctricos, el 6% empresas de servicios inmobiliarios, el 1% arquitectos y el 8% organismos públicos, destacándose las siguientes conclusiones que resume en su valoración de prueba:

- Los clientes de EDE son mayoritariamente operadores sofisticados y con capacidad para solicitar y comparar varias ofertas.
- La mayoría de los clientes consideran que la información facilitada por EDE se encontraba suficientemente desglosada e incluía lo necesario para que la empresa tomase una decisión informada sobre la contratación de los trabajos.
- La mayoría de los clientes no seleccionan de forma automática la primera oferta recibida.
- A la hora de adjudicar los trabajos, tan sólo una mínima parte de los clientes consideran como factor relevante el plazo (8,3%) frente a una mayoría que valoran la oferta económica, la calidad técnica y las experiencias anteriores.
- El envío del presupuesto de EDE es percibido de forma positiva por la inmensa mayoría de los clientes de EDE en la medida en que se utiliza como referencia para su negociación con otros operadores.

Además, EDE aporta evidencia de que el plazo medio de selección de un instalador por el cliente es de 81 días, lo que en su opinión prueba que la "primera carta" no constituye una ventaja competitiva para la compañía distribuidora.

En quinto lugar, EDE sostiene que no se puede presumir un riesgo de que la distribuidora expulse del mercado a los instaladores independientes con una cuota inferior al 10% en sus zonas de red e inferior al 4% a nivel nacional, que es la dimensión geográfica del mercado relevante. A la vista de ello, sostiene que no se han acreditado los efectos de la conducta.

EDE rechaza la afirmación de la Dirección de Investigación de que se envían presupuestos no desglosados, en los que no es posible determinar de antemano qué parte cubre los trabajos que debe realizar necesariamente la distribuidora por razones de seguridad o calidad de suministro. Según la Dirección de Investigación, esta falta de desglose entorpece que el cliente pueda pedir presupuestos alternativos comparables a otros instaladores, pues primero deberá dirigirse de nuevo a EDE para reclamarle el desglose de la parte reservada.

EDE sostiene que la parte del presupuesto correspondiente a los trabajos reservados no representa una parte significativa del presupuesto de la acometida, que cualquier instalador autorizado es capaz de estimar el coste aproximado de la parte reservada (sin necesidad de volver a dirigirse a EDE para que la desglose) y que en todo caso el eventual retraso incurrido es irrelevante desde el punto de

vista comercial, toda vez que el plazo medio de selección de instalador y de aceptación de presupuesto es de 81 días.

Respecto al cobro de un precio por la ejecución de trabajos de entronque y conexión, EDE considera que la interpretación que la Dirección de Investigación hace del Real Decreto 222/2008 se aparta del criterio de la CNE, que no descarta que la empresa distribuidora presupueste y cobre al solicitante los trabajos reservados por motivos de seguridad. Considera además que la entrada en vigor de los artículos 9 y 10 del Real Decreto 222/2008 estaba condicionada a la publicación de la Orden Ministerial a la que se refiere la Disposición Adicional Sexta del dicho RD, tal y como en su opinión ratifican algunas sentencias (Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, de 18 de enero de 2011 y de Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Teruel, de 15 de julio de 2010; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza, de 18 de enero de 2012). Este hecho no se habría producido hasta la publicación el 31 de diciembre de 2009 de la Orden ITC/3519/2009.

EDE sostiene que, en todo caso, esta conducta no sería un abuso de posición de dominio de acuerdo con la doctrina. La vulneración por una empresa en posición dominante de normas distintas a la LDC no supone en sí misma un abuso de esa posición. Incluso si el precio a cobrar de acuerdo con la normativa hubiera debido ser cero, no se ha demostrado que el precio cobrado sea “no equitativo” en el sentido del artículo 2.

TERCERO.- Uso de marcas y nombres comerciales de la distribuidora

No se ha acreditado que EDE haya prestado a ENDESA ENERGÍA su consentimiento para la utilización por ésta de las marcas y nombres comerciales relacionados con FECSA, UNELCO, SEVILLANA, ERZ y GESA. Según ha acreditado la empresa, ENDESA S.A. es titular de las marcas y nombres comerciales empleados en los folletos a que hacía referencia la denuncia. Luego ENDESA ENERGÍA no ha necesitado del consentimiento de EDE para emplear tales marcas.

Con carácter adicional, EDE razona que lo que puede en su caso otorgar alguna ventaja competitiva a ENDESA ENERGÍA en el mercado de las instalaciones interiores de electricidad y telecomunicaciones es la marca ENDESA, sin que quede claro cuál es la ventaja adicional que el uso del resto de marcas y nombres comerciales del grupo le reporta.

El Consejo, al igual que la Dirección de Investigación, coincide en que en el presente caso no se ha acreditado que EDE haya cometido una conducta anticompetitiva derivada del uso de las ya citadas marcas y nombres comerciales en los folletos publicitarios de ENDESA ENERGÍA.

Todo ello sin perjuicio de la valoración que pueda merecer esta política de uso de marcas y nombres comerciales por parte de las empresas del grupo de acuerdo con lo previsto en la *Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la*

electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE y, en particular, en su artículo 26.

CUARTO.- Envío de presupuestos a los futuros consumidores de electricidad

En este expediente se analiza si EDE ha abusado de la posición de dominio que detenta en determinados mercados zonales de redes de distribución al ofertar el servicio de extensión de las instalaciones no reservadas al distribuidor en el momento en que la Ley le obliga a suministrar la información técnica al cliente.

Normativa aplicable

La conducta imputada se habría iniciado según la Dirección de Investigación estando vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Como ya ha expresado este Consejo en casos anteriores (RCNC de 8 del noviembre de 2011, Expte. S/0003/07 E.On; RCNC de 20 de septiembre de 2011, Expte 2795/07 Hidrocantabrico Instalacion y RCNC de 20 de septiembre de 2011, Expte S/0089/08 Unión Fenosa instalación), tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 6 y 2, respectivamente, el abuso de posición de dominio en los mismo términos. 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, de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos normas. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la Ley 16/1989 para la empresa imputada, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta en cuanto a su calificación y sanción.

El Consejo comparte con la Dirección de Investigación que la conducta imputada también puede infringir el art. 102 TFUE, por cuanto que se trata de conductas que tienen aptitud para afectar al comercio intracomunitario. Se analiza una práctica con aptitud para obstaculizar las oportunidades de acceso a un mercado o a una parte sustancial del mismo (las regiones donde se ubica la red de EDE y, en particular, Cataluña, Andalucía, Aragón, Canarias y Extremadura) a aquellas empresas instaladoras de electricidad que, haciendo uso de la libertad de establecimiento y prestación de servicios que rige en el ámbito de la UE, pretendieran operar en estas zonas.

Asimismo, en tanto en cuanto EDE se limita a mandar presupuesto a los clientes en su zona de distribución, sin competir por los clientes de otras zonas, la conducta analizada contribuye a la compartimentación del mercado de instalaciones en España, que constituye una parte sustancial del mercado común. Por lo anterior, se considera que la actuación descrita afecta al comercio intracomunitario y que es susceptible de infringir el artículo 102 del TFUE.

Cuestiones previas

EDE considera que en aplicación del artículo 68.1 LDC, cualquier supuesta infracción derivada del envío de presupuestos anteriores al 16 de febrero de 2006 habría prescrito, sin que sea de aplicación la doctrina de las "infracciones continuadas". Este Consejo no alcanza a comprender esta tesis. La política comercial protagonizada por EDE en lo referente al envío de presupuestos ha sido sostenida en el tiempo en su objeto y "modus operandi". El hecho de que a partir de la Resolución de 16 de febrero de 2006 decidiera mandar los presupuestos al representante o seleccionar a los clientes no varía esta conclusión. Por tanto, la conducta debe considerarse única y continuada y, en vista de ello, de acuerdo con la mejor doctrina, no comenzará a computarse la prescripción mientras que la conducta no cese (SAN 1 de diciembre de 2009), por lo que la citada alegación carece manifiestamente de fundamento.

Tampoco comparte el Consejo la alegación de que una conducta cuya naturaleza abusiva no es predecible para su autor no resulta típica - y por tanto no puede considerarse abusiva-, lo que ocurriría en su opinión en el presente caso respecto de los presupuestos enviados por EDE antes del 16 de diciembre de 2006. Siguiendo la argumentación de EDE, la conducta sancionada en la Resolución de 16 de diciembre de 2006 tampoco sería típica y, sin embargo, dicha Resolución ha sido ratificada por el Tribunal Supremo.

Por lo que respecta a la alegación de EDE relativa a la incidencia que en este procedimiento pueda tener la nueva redacción dada al artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008 por la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico, entiende este Consejo que la citada norma no afecta a la tipificación de la conducta objeto de este expediente como una infracción de la LDC y así se pasa a exponer a continuación.

Ante todo, cuando de regulación administrativa se trata, no cabe la afirmación efectuada por EDE de que "todo lo que no está prohibido por las normas jurídicas está permitido". Partiendo de ello, debe recordarse que existe una norma de rango legal, la LDC, que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia, de suerte que toda conducta que la infrinja debe considerarse, en principio, prohibida. En este sentido, el Tribunal Supremo ha confirmado sanciones impuestas por la autoridad de competencia por la realización de conductas similares a la examinada en este expediente y en aplicación de las mismas obligaciones normativas en lo referente al envío de las condiciones técnico-económicas a los solicitantes. De hecho, la invocación por parte de EDE de la norma sancionadora más favorable, supone un reconocimiento de que, cuando menos, antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 9.3 del RD 222/2008, la práctica en cuestión era constitutiva de una infracción administrativa.

En el caso en cuestión, EDE pretende justificar la juridicidad de su conducta invocando una previsión contenida en una norma de rango reglamentario, la nueva redacción dada al art. 9.3 del Real Decreto 222/2008, cuando, en primer

lugar, se trata de una norma posterior a los hechos objeto de análisis en este expediente, y, en segundo término, no considera este Consejo que resulte aplicable al caso objeto del presente procedimiento la excepción al principio general de irretroactividad de las normas sancionadoras contenida en el artículo 128.2 de la LRJAP-PAC.

En efecto, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 129 de la LRJAP-PAC, *“sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley”*, es decir, que solo una Ley puede determinar que conductas son o no típicas, para que se entienda que otra norma constituye una disposición sancionadora *“más favorable(s) con el presunto infractor”* a efectos de tipificación, debemos estar, por estricta lógica jurídica, no solo ante una norma que tenga carácter sancionatorio, sino que, además, debe ser de equivalente rango, es decir, legal.

Ninguna de estas dos condiciones confluyen en el artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008, ni antes de ni después de su modificación por la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, ya que ni es una norma con rango de ley, sino un mero reglamento, ni tiene carácter sancionador, como se puede apreciar de su simple lectura, por lo que difícilmente se puede considerar que entra dentro del supuesto de hecho previsto por previamente citado artículo 128.2.

En este sentido abunda la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ya que, de la misma manera que su artículo 23.2 no permite a los reglamentos *“tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas”* y *“establecer penas o sanciones”*, debe entenderse, sensu contrario, que tampoco sea posible servirse de una norma de dicho rango para destipificar una infracción administrativa. Entender lo contrario, atentaría contra el principio de legalidad que debe regir en materia sancionadora, permitiendo a las Administraciones públicas con potestad reglamentaria usurpar una competencia que, en materia sancionadora, se reserva al legislador.

Por lo tanto, la alegación de EDE no afecta al hecho de que la conducta examinada en el presente expediente pueda ser calificada de típicamente antijurídica, culpable y punible.

Adicionalmente, debe señalarse que la modificación normativa introducida por la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011 se ha dictado sin que la norma con rango de ley en cuyo desarrollo se dicta, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE), ampare en modo alguno tal restricción a la competencia en los preceptos que desarrollan las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras o el acceso a las redes de distribución, ex artículos 41 y 42, ni condicione el desarrollo reglamentario de tales artículos en el sentido apuntado.

Ello implica que toda actuación realizada a su amparo que carezca de la necesaria cobertura legal quede sometida, en aplicación del artículo 4 de la LDC, a las prohibiciones de los artículos 1 a 3 de la LDC, y si es constitutiva de infracción de dicha normativa, la CNC venga obligada, por disposición legal, a sancionarla.

Los mercados y la posición de dominio

El Consejo comparte la definición de mercados realizada por la Dirección de Investigación que se recoge en el Fundamento de Derecho Primero. Esta definición es además consistente con la realizada en la RTDC de 14 de diciembre de 2006 (Expte 606/05 ASINEM/ENDESA) y en los precedentes ya citados (Resoluciones de la CNC de 20 de septiembre de 2011 y RCNC de 8 de noviembre de 2011).

Por un lado, se identifican los mercados de redes de distribución que tienen un carácter marcadamente local/regional y que coinciden con la extensión de la red de distribución de EDE. Como ya se ha mencionado, estas redes se entienden, en particular, por Cataluña, Andalucía, Aragón, Canarias y Extremadura. En estos mercados locales EDE tiene una posición de monopolio.

La conducta a su vez afecta al 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 ya ha manifestado este Consejo (RCNC de 20 de septiembre de 2011) *“Por las razones que la Dirección de Investigación apunta en su Propuesta de Resolución, como son la habilitación para operar de carácter nacional, la ausencia de barreras de entrada entre zonas, la capacidad de desplazamiento de los operadores y los solapamientos entre sus ámbitos de actuación, este mercado tiene una dimensión suprarregional.*

Ambos mercados se consideran conexos. Citando de nuevo la mencionada Resolución:

Ambos mercados guardan una estrecha conexión entre sí. Los clientes demandan directa o indirectamente la extensión y conexión de la red por ser un prerequisite para recibir el suministro eléctrico a través de las redes del distribuidor. Dicho distribuidor opera en ambos mercados: en el de distribución desde una posición de monopolio y en el mercado conexo de extensión de redes eléctricas no reservadas a él, en competencia con otros instaladores. Por otra parte, UFD no posee medios para ejecutar la instalación de las redes, por lo que subcontrata las obras que consigue –tanto las reservadas como las no reservadas- con terceros instaladores. Esta doble condición de competidor de los instaladores y, a la vez, demandante de un importante volumen de sus servicios le confiere un notable poder de mercado frente a ellos. Máxime si tenemos en cuenta que su posición como distribuidor le confiere un acceso privilegiado al cliente”.

Estas conclusiones aplican también al presente caso. EDE también ha declarado que carece de medios propios para realizar las actividades de instalación y que subcontrata las que tiene que realizar, esto es, tanto las reservadas como las no reservadas. En el caso de las segundas no se debe olvidar que como se ha puesto de manifiesto en el Hecho Probado 7.d) se trata de las obras de mayor importe.

El abuso

Como la propia EDE indica, *“Para la adecuada comprensión del presente expediente sancionador, resulta necesario explicar brevemente el régimen jurídico y económico aplicable a la conexión de un nuevo punto de consumo de electricidad a una red de distribución de energía eléctrica”*. EDE lo expone de la siguiente forma en su escrito de alegaciones que tuvo entrada en la CNC el 8 de octubre de 2010 (folio 2390 y ss):

“Esta situación se produce cuando aparece un nuevo punto de consumo (p.ej. un inmueble de nueva construcción) y se solicita suministro eléctrico: para ello, debe conectarse el nuevo punto de consumo a la red de distribución existente en la zona a través de un determinado punto de conexión. La conexión entre la red física el punto de consumo requiere, en primer lugar, la identificación del punto de conexión a la red más apropiado y, en segundo lugar, la construcción de las infraestructuras o instalaciones que permitan extender la red hasta el nuevo punto de consumo. Estas infraestructuras se denominan técnicamente “instalaciones de nueva extensión de red” (o, más comúnmente, “acometidas”). Por último, una vez construidas las acometidas deben conectarse físicamente con la red mediante una operación denominada “entronque”.

El régimen jurídico y económico aplicable a la construcción de las “instalaciones de nueva extensión de red” se contiene en la actualidad e los artículos 9 y 10 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica (“RD 222/2008”) y, anteriormente, en los artículos 43 y ss. y 103 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre”.

“Artículo 9 Extensión de las redes de distribución

[...]

3. En todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión el unto de conexión la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros serán determinadas por el Gestor de la Red de distribución, que deberá tener en cuenta criterios de desarrollo y de operación al mínimo coste de las redes de distribución garantizando la calidad de suministro. El solicitante del nuevo suministro tendrá derecho a que la empresa suministradora le justifique las causas de elección del punto y de la tensión de conexión. En caso de discrepancia entre el solicitante del suministro y el Gestor de la Red de distribución, resolverá el órgano correspondiente de la Administración competente. A tales efectos, el Gestor de la Red de distribución deberá aplicar las normas técnicas, constructivas y de operación a tener en cuenta en dichos desarrollos, contenidas en los correspondientes procedimientos de operación de la actividad de distribución de energía eléctrica y no las particulares aprobadas por la Administración competente”.

La regla establecida en el precepto transcrito es por tanto clara: en todos los casos en que haya que construirse una acometida para conectar la red un nuevo punto de suministro, el Gestor de la Red de distribución (i.e., la empresa distribuidora) debe determinar las condiciones técnicas y económicas que sean

aplicables la nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica.(...)

Como se desprende de la lectura del precepto, el régimen aplicable varía en función del tipo de instalación de extensión de red: las acometidas para los suministros de menor tamaño (hasta 100 kW en baja tensión y hasta 250 kW. en alta tensión) en suelo urbanizado se reservan imperativamente a la empresa distribuidora, que percibirá una remuneración regulada (denominada "derechos de extensión") fijada por la Administración ("acometidas baremadas"). Por el contrario, las demás acometidas ("acometidas no baremadas") no se reservan a la empresa distribuidora ni se someten los "derechos de extensión", sino que podrán contratarse libremente por el solicitante de suministro al precio que acuerde con el instalador elegido (que podrá ser la propia empresa distribuidora u otro). No obstante, dicho precio debe basarse en las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica que haya determinado previamente la distribuidora con arreglo al artículo 9.3 ("con base en las condiciones técnicas y económicas a las que se refiere el aparta 3 de este artículo").

Como puede verse, la empresa distribuidora desempeña un papel central en la construcción de acometidas para nuevos suministros, bien realizando directamente las de menor tamaño por imperativo regulatorio (al precio fijado por la Administración), bien determinando en todo caso las condiciones técnicas y económicas de base de la futura instalación. (...)

En suma, la normativa sectorial vigente impone a las empresas titulares de redes de distribución de electricidad la obligación de establecer, siempre que reciban una solicitud de nuevo suministro, determinadas condiciones técnico -económicas (sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica) que servirán de base para el precio de la futura acometida que se construya, bien por a propia empresa distribuidora, bien por otra empresa instaladora. Como es natural, esta condiciones técnico-económicas deben comunicarse por la empresa distribuidora al solicitante de nuevo suministro - quien tiene derecho a conocerlas, al constituir la base del precio de la acometida que debe instalar -, quien las podrá comunicar libremente a cualquier instalador interesado en construir dicha acometida.

Como reflejan los hechos probados, al recibir una solicitud de "acometida" no reservada, EDE decide en determinados casos mandar al cliente o a su representante un presupuesto para la realización de la obra. Ello supone que aprovecha la información privilegiada que tiene en virtud de su condición de distribuidor para 1) seleccionar aquellas instalaciones no reservadas de mayor envergadura y 2) remitir su oferta al tiempo que ha de informar sobre las condiciones técnico-económicas de la solicitud.

Esta remisión del presupuesto va más allá de lo que preveía la normativa vigente durante la duración de la conducta y, de hecho, es contraria, al menos, al espíritu de la misma. Dicha normativa establece que determinadas ejecuciones de acometidas (un [40-50]% en promedio de las solicitudes teniendo en cuenta los

datos de la propia EDE, HP 7.c) sean no reservadas, esto es, respecto a ellas el cliente debe tener la información técnica necesaria para elegir libremente instalador en condiciones de mercado. Esa normativa no excluye que la empresa distribuidora opere como instalador, pero tampoco ha pretendido, al menos antes de su reforma diciembre de 2011 (HP 5), que el distribuidor disfrute de una posición de privilegiada a la hora de competir por las obras no reservadas.

Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 2011 (FD Octavo):

“... “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”.

Sin embargo, con su conducta EDE explota su condición de distribuidor y la información privilegiada que ella le confiere para obtener una ventaja sobre los instaladores con los que compite. Gracias a ello puede seleccionar a los clientes que representan un mayor volumen de negocio, remitirles un presupuesto sin que medie petición alguna por parte de ellos y, además, hacerlo ligado a la actividad regulada que realiza -envío de las condiciones técnico-económicas- en su condición de “distribuidor”, diferenciando inevitablemente su oferta con un atributo que le confiere garantía de “seguridad” y “calidad” frente a los clientes.

El hecho de que las comunicaciones remitidas por EDE mencionen que el cliente puede dirigirse a otros instaladores para ejecutar la obra no evita el hecho de que EDE obtenga de facto una ventaja competitiva sobre los competidores difícilmente replicable. El resto de instaladores no están en condiciones de replicar esta oferta porque carecen de la información que tiene el distribuidor para enfocar sus esfuerzos comerciales y para anticiparse en el envío del presupuesto, ligándolo al envío de las condiciones técnico-económicas. Explotando su condición de distribuidor, los clientes -que EDE decide- reciben su oferta junto con dicha comunicación. Esto genera en favor de EDE una posición de ventaja (*“first mover advantage”*), no adquirida por sus propios méritos. Ello se suma a la que de natural le confiere su posición en estos mercados y su imagen de marca. A este respecto, no debe desestimarse la importancia que tiene el que quien envía el primer presupuesto sea la distribuidora de la compañía eléctrica que ha de facilitar el suministro. Se trata de un presupuesto del que ya se dispone, lo cual ahorra trámites, realizado por parte de la empresa que se ocupa del resto de operaciones necesarias para el suministro (como el entronque) y con notoriedad de marca. En esas condiciones la inercia a elegir el presupuesto que ya se ha recibido es elevada.

EDE sostiene que se debe relativizar la importancia que esta ventaja le otorga porque sus ofertas se dirigen a clientes cualificados, informados y con capacidad de negociar. Junto con las alegaciones al PCH presentó un primer informe pericial que analiza la base de datos de clientes de acometidas no baremadas de EDE en

el periodo 2007-2010 y que en su opinión ratifica esta tesis. El informe concluye que cerca del 80% son clientes empresariales, que en la mayoría de los casos pertenecen al sector inmobiliario y de la construcción y que demandan el servicio de forma recurrente. Aunque un porcentaje sustancial de las solicitudes fueron realizadas por clientes que tienen una facturación modesta, más de un tercio de ellos facturan 10 millones de euros. Por otro lado, la evidencia disponible indica que los plazos de aceptación de acometidas no baremadas son en general elevados (81 días en promedio), lo que supone que los clientes pueden invertir tiempo en solicitar y comparar ofertas alternativas a las de EDE.

Con posterioridad se ha presentado un segundo estudio que recoge una encuesta a unos 50 clientes empresariales de EDE para conocer sus criterios de elección de instalador. Se trata de una muestra de clientes no anónimos, elegidos por un procedimiento supuestamente aleatorio. Este estudio no detalla ni justifica cómo se ha llevado a cabo la elección de la muestra ni si la misma es representativa de la cartera de clientes de EDE. De hecho, de la información que sobre los mismos figura en el anexo C sugiere que no la muestra no representa a la cartera de clientes de EDE a la vista de lo recogido en el primer informe pericial. Tampoco a juicio de este Consejo las preguntas realizadas en las entrevistas se formulan de forma suficientemente objetiva y relevante para analizar la cuestión que se plantea.

Respecto al primer estudio, la evidencia aportada suscita determinadas reflexiones.

Primero, no debe perderse de vista que en un 20% de los casos estamos ante clientes domésticos (folio 3298).

Segundo, como el propio estudio señala, el tamaño de los clientes empresariales no es muy significativo: un 52,4% de los clientes empresariales de EDE facturan igual o menos de 1 millón de euros y representan casi el 70% de las solicitudes (folio 3303).

Tercero, clientes “grandes” no necesariamente se debe identificar con “clientes informados” a la hora de contratar acometidas no baremadas. Lo que confiere a los clientes la capacidad e incentivo a buscar opciones en el mercado y ejercitarlas es: 1) Su conocimiento de la materia, que fundamentalmente dependerá de con qué frecuencia se enfrentan a este tipo de solicitudes. A este respecto, debe subrayarse que casi un 68% de los clientes solo ha presentado una solicitud en el periodo analizado 2007-2010 y que sólo el 5,8% de los clientes de EDE en ese mismo periodo han presentado 5 o más solicitudes (folio 3300). 2) Cuánto representa el coste de la acometida no reservada en el total de la obra. Si no es un importe elevado la propensión del cliente a pedir más presupuestos será menor.

Cuarto, del hecho de que los clientes por término medio tarden en aceptar la oferta de EDE no puede deducirse necesariamente que en ese *interim* estén buscando otras ofertas. Las razones de este retraso pueden ser otras. Como el propio informe refleja *“Esto se debe en gran medida a que la ejecución física de una obra requiere previamente haber obtenido permisos y licencias de distintos*

agentes, incluyendo ayuntamientos, administración autonómica y particulares” (folio 3314). A la vista de las características de los clientes descritas, la propensión a aceptar la primera oferta recibida que proviene del distribuidor puede ser elevada.

Los datos así parecen confirmarlo. De acuerdo con el propio informe pericial, de los clientes que han presentado dos o más solicitudes en el periodo 2007-2010 (no llega al 33% del total) un 9,3% han contratado con terceros además de con EDE y un 1,4% ha contratado solo con terceros distintos a EDE (folio 3301). Es decir, la propensión a contratar con terceros distribuidores, incluso dentro del segmento de clientes supuestamente mejor informados, es reducida.

A la vista de todo ello, este Consejo considera que, como consecuencia de la conducta desarrollada por EDE, la probabilidad de que el cliente tiende a aceptar el presupuesto recibido en primer lugar de la distribuidora es elevada y que ello afecta decisivamente al desarrollo de la competencia en este mercado.

En este sentido, debe subrayarse que a la hora de leer los datos de la Tabla 3 (Hecho Probado 7.c) hay que tener en cuenta que se han facilitado sobre la base de las solicitudes realizadas y no de las obras finalmente ejecutadas. Como aclara la propia EDE:

“No en todos los casos las solicitudes de suministro presentadas a la empresa distribuidora llegan a materializarse, correspondiendo esta decisión al propio solicitante, que puede barajar otras alternativas para sus proyectos, modificar los plazos de puesta en marcha, etc”.

Esto supone que 1) El dato del [30-40]% % de aceptación en media de ofertas de EDE no refleja adecuadamente el porcentaje de ejecución de EDE porque toma como referencia las solicitudes y no las obras finalmente ejecutadas. Si en el denominador se tuvieran en cuenta solo las ejecutadas esta tasa sería mayor. 2) Que, consecuentemente, la diferencia hasta el 100% no está necesariamente en manos de otros distribuidores, puesto que puede tratarse de acometidas que finalmente no se han ejecutado y 3) que todos estos datos son en términos de volumen de acometidas, no en términos de valor de las mismas. Dado que EDE se centra preferentemente por término medio en la parte del mercado que tiene mayor valor, si estos porcentajes se calcularan en términos monetarios y no de número de obras, las cuotas de aceptación de acometidas y la propia cuota de EDE en el mercado de instalaciones en sus zonas de influencia se mostraría muy superior. Debe tenerse en cuenta que, como la propia EDE ha puesto de manifiesto, la dispersión del importe de las obras de extensión de red es muy elevada. Esto es, que junto con obras de pequeño importe – por las que EDE no manda presupuesto a los clientes- hay un porcentaje significativo de obras que tienen un presupuesto elevado (por las que EDE normalmente si oferta).

EDE no sólo explota su condición de distribuidor para obtener y ejercitar esta ventaja competitiva sobre el resto de los instaladores, sino que además propicia con su conducta que dichos instaladores tengan una menor capacidad e incentivo para responder ante la misma.

Por una parte, los instaladores se enfrentan con problemas de información para confeccionar sus ofertas y competir de manera efectiva. La Dirección de Investigación pone de manifiesto este extremo:

(110) También ha quedado acreditado que, en la gran mayoría de los casos, EDE indica al cliente la opción de no aceptar su oferta y contratar un instalador eléctrico alternativo, pero es el cliente quien debe manifestar expresamente su voluntad de realizar las obras por su cuenta. Sólo en este caso, EDE envía un nuevo presupuesto referido sólo la parte de la obra que EDE se reserva por motivos de seguridad y calidad del suministro.

(111) Por tanto, resulta acreditado que las respuestas de EDE a las solicitudes de los clientes que incluyen un presupuesto por la totalidad de la instalación de extensión, por lo general (comunicaciones “tipo A”), omiten la información sobre la parte de la instalación de extensión que se reservará por motivos de seguridad. La omisión de esta información dificulta que el cliente contrate la parte de la instalación no reservada al distribuidor con un instalador ajeno a EDE, al reducir la comparabilidad de presupuestos.

También la CNE manifestó en su informe (folio 2814) en relación con un cierto número de presupuestos de ejecución de instalaciones que EDE se reserva por motivos de seguridad, que obran en el expediente y que la Dirección de Investigación sometió a su análisis que “Esta Comisión entiende oportuno resaltar que, con carácter general, los citados presupuestos adolecen de una insuficiente descripción y desglose en sus partidas, por lo que existe no poca incertidumbre acerca de la correcta comprensión de las actuaciones a realizar, en cada caso, por la empresa distribuidora”.

En el Informe pericial complementario se dice que se ha preguntado a los encuestados si el presupuesto que le facilitó EDE era incompleto, por ejemplo, porque no se encontraba suficientemente desglosado, o no especificaba información relevante para la toma de la decisión de contratación por parte de la compañía. El informe resalta que un 75% de los encuestados considera que el presupuesto era completo. Sin embargo, por un lado, que el cliente considere que el presupuesto le ofrece información suficiente no implica que tal información sea suficiente para que un instalador pueda presentar su oferta. Por otro lado, resulta significativo que se parta de la base de que los competidores deben presentar su oferta a partir del presupuesto que EDE envía y no de las condiciones técnico-económicas a enviar por EDE, como la normativa prevé.

Por otra parte, su condición de subcontratistas de EDE puede afectar al incentivo de los instaladores a competir agresivamente. Hay que recordar que estos instaladores son, en su mayoría, pequeñas y medianas empresas. Un porcentaje importante del volumen de negocios que se realiza en materia de acometidas depende de EDE: todas las que tengan la consideración de reservadas por la normativa, todas las que decide reservarse por razones de seguridad y aquellas acometidas no reservadas que controla. En la medida en que EDE subcontrata el negocio a los instaladores, puede ejercer sobre ellos un cierto poder negociador. Los instaladores pueden temer que si compiten agresivamente con EDE sus

posibilidades de acceder al negocio subcontratado se vean afectadas, lo que sin duda resta incentivo a competir contra aquella de manera activa.

En este sentido, de las propias respuestas de EDE se deduce el escaso vigor competitivo y la escasa rivalidad en precios que se produce en este mercado:

“Como ha indicado esta parte, EDE establece el precio de sus servicios en el ámbito de las instalaciones de extensión esencialmente en relación con el precio acordado con el subcontratista encargado de la obra (ya que EDE carece de personal que realice directamente estos servicios), al que se añade un cierto margen que incluye los costes de estructura, personal propio, ingeniería e imprevistos de la compañía (folio 3479)”.

En vista de ello, no pueden acogerse las alegaciones que defienden la falta de efectividad de la conducta sobre la base de que los instaladores operan como representantes de los clientes a la hora de presentar solicitudes. Primero, porque se trata de una mera afirmación de EDE. No se ha constatado que la figura del representante venga interpretada ni solo ni principalmente por instaladores. En el segundo informe pericial se afirma que, tomada una muestra aleatoria de 100 representantes, 36 de ellos son instaladores. Pero, de nuevo, no se detalla ni justifica cómo se ha seleccionado esta muestra y si la misma es representativa del universo de representantes. Segundo, porque la propia EDE en sus respuestas a los requerimientos de la Dirección de Investigación menciona que estos instaladores a menudo operan como Puntos de Servicio de EDE. Tercero, porque a la vista de lo que la propia EDE afirma, que los representantes sean instaladores no asegura una competencia efectiva en precios.

Con carácter adicional en este expediente, como en los anteriores precedentes, se observa que el distribuidor sólo realiza ofertas como instalador en su zona, sin competir en modo alguno por las obras de extensión no reservadas en territorios donde se extiende la red de otros distribuidores. De ello se deriva que tampoco cabe esperar una presión competitiva significativa sobre EDE procedente de los distribuidores que operan como instaladores en otros territorios.

A la vista de todo ello, como consecuencia de la posición que tiene EDE como distribuidor y de la conducta que desde ella ejerce, la competencia en el mercado adyacente de las instalaciones eléctricas no reservadas se ve seriamente debilitada en perjuicio de los clientes, sin que se observe ninguna justificación objetiva para dicha conducta dada la normativa vigente durante el periodo de análisis.

Como el TJUE nos recuerda: *“De este modo, el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de septiembre de 2008, Sot. Lélos kai Sia y otros, C-468/06 a C-478/06, Rec. p. I-7139, apartado 68, y Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 180), sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva. (...) según reiterada jurisprudencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y*

no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 105 y la jurisprudencia citada).

También es doctrina reiterada del TJUE que el artículo 102 (como el art. 6 de la LDC) persiguen aquellos *“comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo”* (apartado 27, Sentencia T.J.U.E. de 17 de Febrero de 2011).

Por todo ello, el Consejo comparte la calificación jurídica de la conducta realizada por la Dirección de Investigación y considera que EDE ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE consistente en abusar en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución.

QUINTO.- Cobro de los trabajos de entronque y conexión

El artículo 10 del RD 222/2008 sobre la retribución de acometidas dice lo siguiente:

1. Los derechos de acometida podrán incluir los siguientes conceptos:

a) *Derechos de extensión, siendo estos la contraprestación económica a pagar a la empresa distribuidora por el solicitante de un nuevo suministro, o de la ampliación de potencia de uno ya existente, por las instalaciones de nueva extensión de red necesarias que sean responsabilidad de la empresa distribuidora en aplicación del artículo anterior.*

b) *Derechos de acceso, siendo estos la contraprestación económica a pagar a la empresa distribuidora por cada contratante de un nuevo suministro, o de la ampliación de potencia de uno ya existente, cuyo abono procederá, en todo caso, por su incorporación a la red.*

c) *Derechos de supervisión de instalaciones cedidas, siendo estos la contraprestación económica por la supervisión de trabajos y realización de pruebas y ensayos previos a la puesta en servicio, a pagar a la empresa distribuidora por el solicitante de un nuevo suministro, o de la ampliación de potencia de uno ya existente, que opten por la ejecución directa y posterior cesión de las instalaciones.*

2. *El régimen económico de los derechos de acometida y demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro de los usuarios se establecerá por orden ministerial, previo informe de la Comisión Nacional de Energía y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos mediante la aplicación de un baremo por potencia y nivel de tensión en € por kW de potencia solicitada en extensión y contratada en acceso, de forma que se asegure la recuperación de las inversiones y gastos en que incurran las*

empresas distribuidoras. Los ingresos por derechos de extensión, acceso y supervisión de instalaciones cedidas se consideraran, a todos los efectos, retribución de la actividad de distribución.

(...)

4. La empresa distribuidora será responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente, sin perjuicio de dar cumplimiento a la normativa y protocolos de seguridad.

Por su parte la Disposición Adicional Sexta del mencionado Real Decreto dice lo siguiente.

1. Antes de que transcurran doce meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto, se procederá a fijar los valores correspondientes a los derechos de acometida a que hace referencia el artículo 10 del presente Real Decreto.

De acuerdo con la Disposición final sexta, la entrada en vigor de este Real Decreto se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 18 de marzo de 2008.

De lo anterior se deduce que i) el artículo 10 del RD 222/2008 viene a modificar el régimen económico de los derechos de acometida; ii) que dicho artículo 10 diferencia explícitamente el coste del entronque y conexión de los derechos de acometida; iii) que asimismo dispone que sea la empresa distribuidora quien asuma este coste; iv) que este Real Decreto y, por tanto, su artículo 10, entró en vigor el 19 de marzo de 2008 y v) se dio un plazo de 12 meses desde su entrada en vigor para fijar los valores correspondientes a los derechos de acometida y demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro de los usuarios.

En la medida en que el apartado 4 del artículo 10 excluye que haya que fijar un valor para el cobro de derechos en concepto de entronque y conexión, carece de sentido sostener que dicho apartado 4 retrase su entrada en vigor hasta la publicación de la normativa de desarrollo.

De hecho, dicha normativa de desarrollo, la mencionada Orden ITC/3519/2009, cuando en su artículo 9 regula las cantidades a satisfacer por los derechos de acometida no menciona los conceptos del apartado 4. Lógicamente, si lo que dispone el Real Decreto es que no se cobre por este tipo de actuaciones no es necesario fijar ningún valor al respecto ni, por tanto, subordinarse la entrada en vigor del apartado 4 del artículo 10 del Real Decreto 222/2008 a la fijación de ningún valor, innecesario para tal fin.

En contra de lo que EDE sostiene, la CNE no hace ninguna interpretación contraria a lo aquí expuesto. De hecho, es la CNE quien pone de manifiesto en su informe determinante remitido a la Dirección de Investigación esta cuestión (folio 2810):

“Por su parte, el artículo 10.4 del Real Decreto 222/2008, establece que “La empresa distribuidora será responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente, sin perjuicio de dar cumplimiento a la normativa y protocolos de seguridad”. A

este respecto, hay que entender por “entronque y conexión” el conjunto de operaciones necesarias para enlazar o unir físicamente las “instalaciones de nueva extensión de red” de distribución con las ya existentes, una vez, en su caso, acondicionadas estas últimas para hacer posible dicha unión y posterior accionamiento de los elementos de maniobra (seccionador, interruptor, colocación de fusibles) para poner en tensión la “instalación de nueva extensión de red” de distribución hasta la frontera con las instalaciones receptoras de los clientes –propiedad de éstos-. Desde la vigencia del Real Decreto 222/2008, es decir, desde el 19 de marzo de 2008, el coste de estas actuaciones debe ser asumido por la empresa distribuidora, no pudiendo ser cargado al solicitante del suministro coste alguno por este concepto”. (Énfasis añadido)

Tampoco las Sentencias citadas por EDE en sus alegaciones (ver Fundamento de Derecho Segundo) contradicen la tesis de que se deba considerar que el Real Decreto 222/2008 entrara en vigor al día siguiente de su publicación en lo que a la actividad de entronque se refiere. Tales Sentencias se refieren al cobro de las nuevas cuantías en concepto de derechos de acometida y es sobre ellos respecto a lo que versan sus razonamientos. Pero, como ya se ha razonado, el entronque no se encuentra comprendido entre las actividades cubiertas por los derechos de acometida (de hecho el art. 10.4 lo excluye explícitamente). Por ello, los razonamientos y conclusiones de estas Sentencias respecto de los derechos de acometida no deben aplicarse respecto del entronque.

El Consejo concluye por tanto que entre el 19 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2009 EDE ha cobrado a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, pese a que la normativa no solo no le daba derecho a ello, sino que establecía explícitamente que debía ser ella, como empresa distribuidora, quien asumiera dicho coste.

El artículo 2 de la LDC, en su apartado 2.a) establece que el abuso podrá consistir en particular en “*La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*”.

Como ya señaló este Consejo en la Resolución de 12 de febrero de 2008 (Expte 627/07 Canarias de Explosivos), citada por EDE “*La doctrina nos dice que estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente (Parágrafo 249, United Brands Company vs Commission)*”.

De acuerdo con la CNE, el entronque y conexión son las operaciones necesarias para unir físicamente las nuevas instalaciones de extensión de red con ésta. En definitiva, se trata de actuaciones necesarias para tener acceso a un bien básico como es el suministro eléctrico. El distribuidor, con carácter de monopolista absoluto sobre su red, es el único capacitado para realizar tales operaciones. No olvidemos que la norma le reserva expresamente dicha actividad por razones de seguridad. Se dan por tanto los requisitos estructurales que mencionaba el

Consejo en su Resolución de 12 de febrero de 2008 para que sea posible ejercer la capacidad de explotación por parte de una empresa dominante.

También en esa Resolución se señalaba que *“La forma de determinar que un precio es abusivo por excesivo ha de ser por tanto por comparación con una referencia válida”*. Se señalaba asimismo que las alternativas posibles para la comparación pueden ser varias y dependerán de las circunstancias del caso.

En el asunto que nos ocupa el término de comparación para determinar el carácter excesivo por explotativo de los precios cobrados es el que determina el Real Decreto 222/2008 en su artículo 10 apartado 4. Esto es, la obligación de no cobrar un precio a los clientes por estas labores de entronque.

EDE venía obligada a no cobrar un precio y, valiéndose de su posición de monopolista absoluto sobre la red de distribución y siendo el único que, por tanto, podía prestar ese servicio imprescindible para realizar la conexión, ha obtenido por ello un beneficio que, dadas las circunstancias, debe ser considerado ilícito. No es el mero incumplimiento de la normativa sectorial como EDE pretende lo que se considera en este caso abusivo, sino el ejercicio de un poder de mercado monopolístico para obtener ese beneficio indebido de acuerdo con el propio marco normativo.

Por ello, considera el Consejo que, tal y como propone la Dirección de Investigación, EDE ha cometido una infracción del artículo 2 de la LDC consistente en presupuestar y cobrar a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, para cuyo cobro EDE no está habilitada por la normativa en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009.

SEXTO.- Responsabilidad y cálculo de la sanción

El artículo 10 de la Ley 16/1989 faculta al Consejo para imponer a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, sean autores de un acuerdo restrictivo de la competencia la imposición de una multa de hasta 150.000.000 de pesetas (900.000€), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Consejo.

Como manifestación del principio de proporcionalidad de la sanción el apartado 2 del art. 10 de la LDC añade que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente expediente se han identificado dos conductas infractoras distintas. En ambos casos se trata de conductas que deben ser tipificadas como infracción

muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.b, puesto que se trata de un abuso de posición de dominio practicado desde una situación de monopolio legal que detenta EDE en determinados mercados zonales de distribución.

El abuso identificado en el Fundamento de Derecho Cuarto distorsiona la competencia en el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas, si bien su alcance se centra fundamentalmente en aquellas zonas donde se despliega la red de EDE: en el total de la red de distribución eléctrica de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Islas Baleares, y en las provincias de Zaragoza, Teruel, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife. Como se deduce de los datos de facturación de EDE en instalaciones no reservadas, se trata de un negocio de cierta entidad económica.

La conducta se ha extendido durante un periodo muy prolongado de tiempo: al menos desde la entrada en vigor del RD 1955/2000, es decir, desde el 16 de enero de 2001, y hasta la actualidad según la Dirección de Investigación. El Consejo coincide en situar el inicio en esa fecha y considerar que la infracción se ha prolongado, al menos, hasta el 7 de diciembre de 2011, a la vista de la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico.

Al remontarse la infracción en el tiempo tantos años es difícil establecer un contrafactual que ayude a cuantificar los efectos. No obstante, como se ha descrito en el Fundamento de Derecho Cuarto, todo indica que la conducta ha desplegado tales efectos. EDE ha elegido las instalaciones de mayor volumen y ha centrado en ellas su conducta para hacerse con una cuota de mercado por medios que no pueden considerarse una normal competencia. Los datos infravaloran los efectos de la práctica porque, como ya se ha dicho, están calculados sobre la base del total de solicitudes y no sobre las obras realmente ejecutadas y porque no están calculados en base a su volumen de negocio. Por otro lado, la actuación de EDE distorsiona la competencia en el mercado porque afecta a los incentivos a competir de los instaladores.

En vista de todo ello, la sanción debe calcularse a partir del volumen de negocios que ha realizado EDE en el mercado de instalaciones no reservadas durante todo el periodo de infracción y que se recoge en el Hecho Probado 7.e) de esta Resolución. La Dirección de Investigación solicitó esta información desde el año 2000, no obstante EDE alega que sólo puede aportar esta información desde 2002. En vista de ello, a efectos del cálculo de la sanción se ha decidido extrapolar el volumen de negocios del ejercicio de 2002 al ejercicio 2001. Esta información no incluye la facturación de la Isla de Mallorca, puesto que, como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Primero, la conducta en dicho territorio no forma parte del ámbito de la imputación realizada por la Dirección de Investigación en el presente expediente.

El conjunto de circunstancias o criterios relevantes ex art. 10 de la Ley 16/1989 conducen al Consejo a tomar como base de cálculo de la multa el 5% del volumen

de ventas de EDE en el mercado de instalaciones no reservadas que se recoge en el Hecho Probado 7.e, ponderando el periodo de tiempo de infracción. Ello se traduce en un importe básico de la sanción de 14.967.960 €.

La Dirección de Investigación estima que *“... la larga duración de la infracción, habiéndose dictado, además, Resolución del extinto TDC y Sentencias de la AN y el TS sancionando y confirmando la misma conducta infractora por parte del mismo operador, sin que se hayan producido cambios en la forma de actuar de EDE, debe tenerse en cuenta como agravante”*.

En el cálculo del importe básico de la sanción se ha tenido ya en cuenta la duración de la conducta. Por otro lado, EDE recuerda que en el párrafo 18 de la Comunicación sobre sanciones se dice que la comisión de una infracción anterior sólo podrá considerarse como circunstancia agravante cuando exista *“una resolución firme en vía administrativa o una sentencia judicial en la que se declare acreditada la comisión de la infracción anterior”*. En este caso, la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 no ha devenido en firme hasta la Sentencia de 11 de febrero de 2011. Por ello, sin perjuicio de tener en cuenta a la hora de fijar el tipo que EDE conoce que el carácter ilícito de la conducta desde la mencionada Resolución del TDC, no considera que proceda la aplicación de agravante.

En cuanto a la segunda infracción identificada en el Fundamento de Derecho de Derecho Cuarto, como en él se expone, EDE ha empleado su poder de mercado monopolístico para imponer el cobro de unas cantidades a las que no tenía derecho de acuerdo con el propio marco normativo. En este caso, es posible identificar la cuantía del beneficio ilícito obtenido, equivalente a las cantidades cobradas en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009. De acuerdo con el apartado 19 de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones, *“Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo.”* En vista de ello, el importe de la sanción debe corresponder al importe cobrado en concepto de entronque y conexión durante el periodo, que asciende a 8.158.000€

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo de la Comisión Nacional de Competencia

HA RESUELTO

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 ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. consistente en impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de las instalaciones no reservadas en los términos que se describen en el Fundamento de Derecho Cuarto.

SEGUNDO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 2 de la que es responsable ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. consistente en el cobro por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución en los términos que se describen en el Fundamento de Derecho Quinto.

TERCERO. Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. una sanción por la infracción declarada en el Resuelve Primero por importe de 14.967.960 €.

CUARTO.- Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. una sanción por la infracción declarada en el Resuelve Segundo por importe de 8.158.000€.

QUINTO.- Declarar que no ha quedado acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 2 de la LDC consistente en favorecer a la comercializadora del grupo mediante el uso de nombres comerciales y marcas de EDE en las ofertas realizadas por diversos servicios no regulados.

SEXTO.- 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.