

RESOLUCION **(Expte. S/0304/10 ENDESA)**

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
D. Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 11 de junio 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/0304/10 ENDESA, incoado contra Endesa Energía XXI, S.L. por la Dirección de Investigación por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Dirección de Investigación de la CNC tuvo conocimiento, a través del *“Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador libre”* que la CNE le remitió el 30 de julio de 2010, de que ENDESA ENERGÍA XXI, S.L. (en adelante, ENDESA), habría transformado la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (en adelante, TUR), sujetos transitoriamente a la aplicación de un precio regulado en virtud del artículo 3.2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.

Previamente, el 1 de julio de 2010, la Dirección de Investigación había incoado un expediente por hechos parecidos contra Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., Iberdrola, S.A. e Iberdrola Generación S.A.U. a raíz de una denuncia interpuesta por Gas Natural Servicios SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L.

2. A la vista de todo ello, la Dirección de Investigación inició, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada tendente a

determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificaran la incoación de expediente sancionador. Con este fin, con fecha 24 de septiembre de 2010 se efectuó requerimiento de información a ENDESA (folios 52 a 56), que fue contestado con fecha 15 de octubre de 2010 (folios 64 a 74).

3. Como resultado de la información reservada, con fecha 4 de noviembre de 2010, se acordó la incoación de expediente sancionador contra ENDESA ENERGÍA XXI, S.L. por una posible vulneración del artículo 3 de la LDC, por transformar, sin recabar previamente el consentimiento expreso, la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, aplicándoles unas condiciones contractuales para el suministro de electricidad diferentes a las que corresponderían transitoriamente según el artículo 3.2 del RD 485/2009 (folios 99 y 100).
4. Con fechas 18 de noviembre de 2010 y 2 de diciembre de 2010, se recibieron sendos escritos de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO) solicitando su admisión como parte interesada en el expediente (folios 110 a 129, y 151, 152). Por acuerdo de la Directora de Investigación, de fecha 10 de diciembre de 2010, se inadmitió la personación de AUSBANC CONSUMO en calidad de interesado en el expediente, al haber sido excluida, mediante sentencia firme de la AN, del Libro Registro de Asociaciones de Consumidores del Instituto Nacional de Consumo y al no haber acreditado que los intereses de sus asociados podían verse afectados por las conductas objeto de análisis (folio 153). El Acuerdo de 10 de diciembre fue recurrido por AUSBANC ante el Consejo de la CNC (R/0063/10 AUSBANC CONSUMO) que desestimó la petición mediante Resolución de 25 de febrero de 2011. Esta Resolución ha sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional.
5. Con fecha 3 y 9 de febrero de 2011 solicitaron la condición de interesados Energía VM Gestión de Energía, S.L. (ENÉRGYA VM) (folios 163-185) y la (Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE) (folios 195-200). Por acuerdo de la Directora de Investigación se admitió la personación en calidad de interesados en el expediente de ENÉRGYA VM (folio 186) con fecha 7 de febrero de 2011 y de ACIE (folio 208) con fecha 16 de febrero de 2011.
6. Durante la tramitación del expediente se ha requerido información con fecha 1 de diciembre de 2010 a la Dirección General de Política Energética y Minas, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (folios 149-150), la cual tuvo entrada en la CNC el 30 de diciembre de 2010 (folio 162) y en varias ocasiones a ENDESA. En particular, se efectuó requerimiento de información a ENDESA el 15 de febrero de 2011 (folios 201-207), que fue contestado con fecha 7 de marzo de 2011 (folios 261-324) y el 30 de septiembre de 2011

- (folios 574-581), que fue contestado el 13 y 17 de octubre de 2011 (folios 1060-1100 y 1858-1873).
7. Con fecha 19 de abril de 2011 fue recibido escrito de alegaciones de ENDESA (folios 418-504).
 8. Con fecha 9 de junio de 2011, fue solicitada a la CNE la emisión de su informe determinante, en aplicación del art. 17.2, letra d), de la LDC (folios 508-510). Por tal motivo, en la misma fecha, se acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento de referencia hasta la recepción del mencionado informe. Dicho informe fue recibido con fecha 15 de julio de 2011 (folios 533-542).
 9. Con fecha 5 de octubre de 2011 se acordó deducir testimonio de determinada información del expediente S/0213/10, para incorporarla al presente expediente, previo trámite de alegaciones (folios 1101-1059). Asimismo, se acordó incorporar al expediente el Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad, periodo 2007-2009), elaborado por al CNE (folios 1640-1857).
 10. 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 17 de octubre de 2011 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a las partes para que pudieran contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideraran pertinentes (folios 1874-2086).
 11. Con fecha 14 de noviembre de 2011 la Dirección de Investigación recibió escrito de alegaciones al PCH de ENDESA ENERGÍA XXI S.L. (folios 2094-2326).
 12. ENDESA ha tenido acceso al expediente en diversas ocasiones a lo largo del procedimiento, así como ENÉRGYA VM.
 13. Con fecha 16 de noviembre de 2011 se notificó a las partes el cierre de la fase de instrucción (folios 2328-2339).
 14. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 22 de noviembre de 2011 se notificó la Propuesta de Resolución (PR) de la Dirección de Investigación (folios 2340 a 2666).
 15. Con fecha 12 de diciembre de 2011 se recibió el escrito de alegaciones de ENDESA a la PR. En dicho escrito ENDESA solicita la admisión como prueba de un informe pericial que adjunta elaborado por una consultora económica.

16. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC, con fecha 13 de diciembre de 2011 la Dirección de Investigación eleva el expediente y su Informe propuesta al Consejo (folios 2890-2956).
17. Mediante Acuerdo de 26 de abril de 2012, en aplicación del artículo 36 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) el Consejo acuerda admitir como prueba el informe presentado por ENDESA y conceder a los interesados un plazo de diez días para que aleguen cuanto estimen conveniente acerca de la prueba practicada, suspendiendo durante este trámite el plazo máximo para resolver (folios 2957-2981).
18. El 11 de mayo de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de ENDESA sobre la prueba practicada (folios 2982-3035).
19. El Consejo terminó de deliberar y falló el presente expediente en su reunión de 6 de junio de 2012.
20. Son interesadas:
 - ENDESA ENERGIA XXI, S.L.
 - ASOCIACIÓN DE COMERCIALIZADORES INDEPENDIENTES DE ENERGÍA (ACIE).
 - ENERGYA VM GESTION DE LA ENERGIA S.L.U.

HECHOS PROBADOS

1. ENDESA

ENDESA es una compañía multinacional en el sector energético. Su negocio principal es la producción, transporte, distribución y comercialización de electricidad. La empresa opera también en el sector de gas natural, de las energías renovables y desarrolla otros servicios relacionados con la energía.

El grupo italiano ENEL se convirtió en 2009 en propietaria del 92,06% de ENDESA.

El grupo realiza la actividad de comercialización de electricidad principalmente a través de las sociedades Endesa Energía, S.A. y Endesa Energía XXI, S.L.U. Esta última sociedad realiza también las funciones de comercializador de último recurso. Se trata de la única empresa comercializadora de último recurso que ha asumido, a través de la misma personalidad jurídica, actividad comercializadora en el llamado mercado libre.

2. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

El sector de la electricidad viene regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE), modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que traspone en España la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad.

2.1. Distribución

El artículo 11 de la LSE establece que la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas (apartado 2), mientras que la producción y comercialización se desarrollan en régimen de libre competencia (apartado 1 y 3, respectivamente). La actividad de distribución comprende la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar la energía en los puntos de consumo (Artículo 9 de la Ley 54/1997). Los precedentes nacionales y comunitarios han considerado que cada red de distribución conforma un mercado en sí mismo con características de monopolio natural, estando su acceso y sus tarifas regulados.

Asimismo, hasta el 1 de julio de 2009 los distribuidores han sido responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a tarifa de último recurso como en mercado libre, ha pasado a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.

2.2. Comercialización

La actividad de comercialización comprende la adquisición de energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional, para lo que resulta preciso acceder a las instalaciones de terceros de transporte y distribución.

Los precedentes más recientes han optado por diferenciar los mercados de suministro por el tipo de cliente, teniendo en cuenta las diferencias en perfiles de consumo en cuanto a volúmenes y estacionalidad, así como los márgenes comerciales y las relaciones con la demanda, etc. Así, se ha distinguido entre suministro a grandes clientes (alta tensión) y suministro a clientes residenciales y PYMES (baja tensión).

2.3. Acceso de terceros a la red (ATR)

Ambas actividades, distribución y comercialización o suministro minorista, se encuentran estrechamente relacionadas, por cuanto para vehicular la energía es imprescindible contar con las infraestructuras adecuadas. Así, para llevar a cabo el suministro a los consumidores es preciso acceder a las instalaciones de distribución. Por este motivo, la Ley del Sector Eléctrico garantiza el acceso y

conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (Artículos 38 y 42 de la Ley 54/1997).

Los procedimientos de acceso a las redes en baja tensión se regulan en el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión.

Las redes de distribución constituyen una infraestructura imprescindible para el ejercicio de la actividad de comercialización. Por ello, la regulación del acceso de terceros a la red ha cobrado especial relevancia con la liberalización del sector y la separación efectiva de las actividades de suministro de las actividades de red (transporte y distribución). Desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Además, desde el 1 de julio de 2009, la actividad de suministro se reserva exclusivamente a los comercializadores, por lo que los distribuidores se limitan únicamente a la gestión de sus redes.

No obstante, la regulación española permite que un grupo de sociedades desarrolle simultáneamente actividades reguladas y no reguladas (integración vertical), aunque obliga a que haya una separación jurídica, funcional y contable de las actividades incompatibles, con el fin de garantizar mayores condiciones de competencia (Artículo 14 de la Ley 54/1997).

2.4. Suministro de último recurso

La Ley 17/2007, de 4 de julio, introdujo numerosas modificaciones en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, "LSE"), destacando, por lo que aquí interesa: (i) la eliminación del suministro a tarifa por parte de las empresas distribuidoras de electricidad, de forma que el suministro pasa a ser realizado en su totalidad por los comercializadores, siendo los consumidores quienes eligen libremente a su comercializador; (ii) el reconocimiento a determinados consumidores del derecho a acogerse a las denominadas tarifas de último recurso (en adelante, "TUR"); y (iii) la obligación de que los comercializadores de último recurso ("CUR") suministren a los consumidores que se acojan a la TUR.

Por tanto, hasta el 1 de julio de 2009 los distribuidores fueron responsables del suministro de electricidad a tarifa regulada, coexistiendo su actividad con la de las comercializadoras de electricidad a precio libre. A partir de esa fecha, con el fin de profundizar en la separación funcional entre gestión de las redes y comercialización de energía, el suministro pasa a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores y, en particular, de los CUR cuando el suministro se produzca a tarifa de último recurso.

La puesta en marcha del suministro de último recurso y, en particular, el traspaso de los consumidores desde los distribuidores a los comercializadores se regula en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica y por la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.

Así, el 1 de julio de 2009, las tarifas integrales de energía eléctrica quedaron extinguidas y se estableció la tarifa de último recurso, como el precio máximo y mínimo que podrán cobrar los comercializadores de último recurso a los consumidores que tengan derecho a acogerse a ella (Artículos 1 y 3 del Real Decreto 485/2009).

Las tarifas de último recurso son de aplicación a los consumidores conectados en baja tensión y con potencia contratada menor o igual a 10 kW, que contraten el suministro con un comercializador de último recurso (Artículo 10 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y Disposición Adicional Undécima del Real Decreto 485/2009).

De acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto 485/2009, “*A partir del día 1 de julio de 2009, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por un comercializador de último recurso.*”

A este respecto, el art. 4 de la Orden ITC/1659/2009 establece lo siguiente:

Artículo 4. Formalización y adaptación de los contratos.

- 1. El día 1 de julio de 2009 se entenderán automáticamente extinguidos todos los contratos de suministro a tarifa suscritos entre los distribuidores y los consumidores.*
- 2. Los consumidores tendrán derecho a formalizar el contrato de suministro con un comercializador sea o no de último recurso. Las condiciones generales de estos contratos serán las establecidas para los contratos de suministro en el mercado libre, sin perjuicio de lo dispuesto a estos efectos para los contratos de suministro de último recurso en el artículo 5 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.*

El Artículo 5 del Real Decreto 485/2009 dice:

Art. 5. Régimen jurídico de los consumidores acogidos a tarifa de último recurso.

- 1. A todos los efectos, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado.*
- 2. No obstante lo anterior, les serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en la sección 4.ª del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000.*

Los preceptos recogidos en esa sección establecen los criterios para el pago, la suspensión y la reposición del suministro. En resumen, las condiciones que se establecen son las siguientes:

- (1) Pago: 20 días desde la emisión de factura
- (2) Medios de pago: domiciliación bancaria, cuenta bancaria, oficinas de la empresa
- (3) Interrupción del suministro: 2 meses después del requerimiento fehaciente
- (4) Reposición del suministro: al día siguiente del pago, con un coste de reconexión equivalente al doble de los derechos de enganche.

En el caso de Administraciones Públicas, comenzarán a devengarse intereses transcurridos 2 meses después del requerimiento fehaciente y se podrá interrumpir el suministro transcurridos 4 meses desde la misma fecha, siempre y cuando los suministros no hayan sido declarados esenciales.

2.5. Consumidores sin derecho a TUR que no hayan contratado suministro con un comercializador

El artículo 3 del Real Decreto 485/2009 establece la obligación para los comercializadores de último recurso pertenecientes al grupo empresarial propietario de la red en una zona de distribución de *“atender el suministro de aquellos consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad.”*

Establece igualmente que *“el precio que deberán pagar estos clientes por la electricidad consumida durante el periodo en el que carezcan de un contrato en vigor con un comercializador será fijado por orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Este precio evolucionará en el tiempo de forma que incentive a la firma del correspondiente contrato.”*

El artículo 21 de la Orden ITC/1659/2009 establece este precio. En concreto, que *“será el correspondiente a la aplicación de la facturación de la tarifa de último recurso, TUR sin aplicación de la modalidad de discriminación horaria, incrementando sus términos en un 20 por ciento”.*

También establece que, *“transcurridos seis meses sin que el consumidor contrate el suministro en el mercado libre se considerará rescindido el contrato entre el consumidor y el comercializador de último recurso antes de la fecha de expiración siendo de aplicación a estos efectos lo establecido en el artículo 86.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.”*

El artículo 86.2 del Real Decreto 1955/2000 establece que *“Cuando se rescindiera un contrato de suministro entre un consumidor y un comercializador antes de la fecha de expiración del mismo, el comercializador podrá exigir la suspensión del suministro a la empresa distribuidora mediante comunicación fehaciente a la misma.”*

Por todo lo anterior, los consumidores anteriormente definidos podrán ser suministrados por un comercializador de último recurso durante un período máximo de 6 meses y a un precio equivalente al 1,2 de la TUR. Transcurrido ese periodo sin que se haya modificado la situación contractual, podrá proceder a la suspensión del suministro.

Con carácter general, estas disposiciones serían de aplicación desde el 1 de julio de 2009, afectando, por una parte, a los consumidores conectados a baja tensión, con potencia contratada superior a 10 kW, que dejaban de tener derecho a la tarifa de último recurso con esa misma fecha, y, por otra parte, a los consumidores conectados a alta tensión, que deberían tener contratado su suministro en el mercado libre desde el 1 de julio de 2008 (Disposición adicional cuarta del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007).

Sin embargo, la Orden ITC/1659/2009 estableció un periodo transitorio para los consumidores en baja tensión, de forma que el incremento de los precios sería del 5% trimestral, desde octubre de 2009 hasta abril de 2010, momento en el que se aplicarían las disposiciones generales.

Posteriormente, 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 estableció, en su disposición transitoria tercera, una prórroga de la situación transitoria anteriormente descrita hasta el 31 de diciembre de 2010, tanto para los consumidores conectados a alta tensión, como para los conectados a baja tensión.

Finalmente, la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial estableció, en su disposición transitoria segunda, una nueva prórroga de la situación transitoria hasta el 31 de diciembre de 2011.

Este incremento en la facturación a los consumidores sin derecho a TUR transitoriamente suministrados por una CUR no supone sin embargo un ingreso adicional para las CUR pues el mencionado art. 21 de la Orden ITC1659/2009 dispone que *“los ingresos que [...] obtengan los comercializadores de último recurso por encima de los correspondientes a la TUR, sin aplicación de la modalidad de discriminación horaria tendrán consideración de ingresos liquidables”*. Es decir, el recargo no es un ingreso para los CUR, puesto que debe

ser abonado junto con los peajes correspondientes, independientemente de su cobro efectivo (esto es, computan como ingresos liquidables los peajes y recargos correspondientes a clientes sin derecho a TUR suministrados por un CUR incluso aunque estos consumidores no hayan pagado sus facturas al CUR) a las empresas distribuidoras para ser posteriormente tenido en cuenta en las Liquidaciones de las Actividades Reguladas de la CNE como ingreso liquidable.

2.6. Procedimientos de cambio de suministrador

La LSE dispone, en su artículo 44, que, reglamentariamente, se establecerán los mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador y de resolución de reclamaciones. Este desarrollo reglamentario tiene lugar en el Real Decreto 1435/2002, en cuyo artículo 3 se establece que: *“El consumidor puede optar por contratar directamente el acceso a las redes con el distribuidor y la energía con un comercializador o por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador.”*

Continúa estableciendo que: *“En el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor. El contrato de suministro entre el consumidor y el comercializador, deberá formalizarse por escrito. En él deberá incluirse una autorización para que el comercializador pueda actuar como mandatario del consumidor, contratando con el distribuidor la tarifa de acceso y traspasar al distribuidor los datos necesarios para el suministro.”*

El artículo 8 del citado Real Decreto establece que los distribuidores deberán contestar a estas solicitudes en un plazo de cinco días hábiles, comunicando a los solicitantes si procede atender a dichas solicitudes o si existen objeciones que impidan su realización.

El artículo 6 establece los plazos en los que deberá hacerse efectivo el cambio de suministrador, en función de la necesidad o no de realizar actuaciones sobre las instalaciones.

La regulación del procedimiento se completa con la Orden ITC/1659/2009, cuya disposición adicional primera la establece lo siguiente (énfasis añadido):

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

*Se entenderá que el cliente ha dado su **conformidad expresa** siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.*

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A

efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente”.

Finalmente, la LSE tipifica las infracciones administrativas y, en lo que se refiere a materia de contratación, incluye las siguientes entre las infracciones leves (artículo 62):

- “1. El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro.
(...)*
- 4. El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.”*

2.7. Estructura de la oferta

De acuerdo con el listado publicado por la CNE en su página web, de fecha 1 de septiembre de 2011, son 195 las empresas autorizadas en España para el ejercicio de la actividad de comercialización de electricidad, incluyendo las 5 comercializadoras de último recurso. La mayor parte de las redes de distribución están gestionadas por sociedades que pertenecen a los principales grupos energéticos, que son a su vez propietarios de las cinco comercializadoras de último recurso.

Según datos obtenidos del *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad* (Periodo 2007-2009), la cuota de mercado de ENDESA, en el mercado minorista de electricidad, a final de 2009, en términos de clientes, era de 43% y de 41,02% en términos de energía suministrada. Por lo que se refiere a clientes de alta tensión, la cuota de ENDESA en términos de energía ascendía a 35,11% y con respecto a los clientes en baja tensión a 35,11%.

De acuerdo con el *“Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad, segundo semestre de 2010”*, al final del tercer trimestre de 2010 la empresa comercializadora del grupo Iberdrola adelanta por primera vez a Endesa como la compañía con mayor número de suministros. Iberdrola cuenta a finales de septiembre de 2010, con 2.030.651 puntos de suministro (40,5% en cuota de suministros en mercado libre) frente a 1.834.679 de Endesa (36,6% en cuota de suministros en mercado libre). No obstante, en consumo de energía, Endesa sigue liderando la comercialización libre.

La distribución de la cartera de cada grupo empresarial entre comercializador libre y comercializador de último recurso ha experimentado un avance significativo en la evolución del mercado libre, representando éste, en el segundo trimestre de 2010, el 62,83% de la cartera de ENDESA, el 60,22% de la de IBERDROLA y el 71,82% de la de GAS NATURAL FENOSA.

2.8. Estructura de la demanda

El número total de puntos de suministro minorista de electricidad, a diciembre de 2010, casi alcanza los 27,5 millones, perteneciendo más de 26,5 millones (97%) al sector doméstico, con un consumo agregado del 35% en términos de energía, 0,8 millones (3%) con un consumo agregado del 22% a PYMES y algo más de 20.000 suministros (0,1%) con un consumo del 42,8 % en términos de la energía al segmento industrial.

A finales de 2010, 5,5 millones de suministros (20,2% del total de los puntos de suministro) que suponen un 72,7% del volumen de energía consumido, se suministran a través de comercializador libre.

Un 18,1% de los puntos de suministro del segmento doméstico y un 27,5% en términos de energía, eran en ese periodo suministrados en mercado libre. En el segmento PYMES, más de un 85% de los suministros y un 92,2% en términos de energía, son suministrados a través de comercializador libre. En el segmento industrial, el 1,8% de los suministros (el 0,2% en términos de energía) continúa siendo suministrado por un CUR.

De acuerdo con el “Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad, segundo semestre de 2010” publicado por la CNE, los consumidores con mayor consumo o potencia contratada son los que mayormente han pasado al comercializador libre. Respecto a los consumidores de tamaño medio (tipo PYMES), es significativo que más de un 10% de estos clientes son suministrados por un comercializador de último recurso, a pesar de no tener derecho a tarifa de último recurso desde el 1 de julio de 2009. Igualmente, en el sector industrial sigue habiendo consumidores que aún no han migrado a un comercializador libre, a pesar de que estos suministros se ven sometidos a tarifas con recargo desde el 1 de julio de 2008.

3. El 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, ENDESA asumió el suministro de 504.605 consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, transitoriamente carecían de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continuaban consumiendo electricidad. Dicho número se redujo considerablemente en el plazo de 1 año.

De acuerdo con los datos facilitados por ENDESA, el número de consumidores cuyo suministro fue asumido por ENDESA, el 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, ascendió a 504.625 (2.687 de alta tensión y 501.938 de baja tensión). Los clientes asumidos por ENDESA representaban el 41% del total de clientes en situación transitoria. Respecto a la totalidad de los clientes de ENDESA (incluyendo mercado libre y suministro de último recurso), representaron el 4,2%, en número de clientes.

A 30 de septiembre de 2010, el número de consumidores en situación transitoria, suministrados por ENDESA, se había reducido considerablemente hasta los [...] ([...] % de los iniciales).

4. ENDESA remitió cartas a los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo suministrados transitoriamente por la comercializadora de último recurso, en aplicación del Real Decreto 485/2009.

Entre noviembre de 2009 y octubre de 2010 ENDESA remitió un total de [...] cartas a clientes que corresponden a un total de [...] puntos de suministro (escrito de ENDESA de 13 de octubre de 2011) que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, de conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 485/2009.

Las mencionadas cartas pueden clasificarse de acuerdo a cada uno de los diferentes tipos de consumidores (domésticos, industriales media tensión, industriales baja tensión y AA.PP.) que fueron objeto de la estrategia analizada:

Consumidores domésticos.

ENDESA remitió cartas a clientes que equivalen a un total de [...] puntos de suministro de este segmento en sucesivas remesas:

Primera remesa

ENDESA envió una primera remesa de cartas durante el mes de noviembre de 2009, dirigida a los clientes domésticos con potencia contratada superior a 10 kW. En estas cartas se informaba de lo siguiente:

- El suministrador a partir del 1 de julio de 2009 había pasado a ser asumido por la CUR de Endesa (Endesa Energía XXI).
- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre, así como los recargos en el precio que se le estaban aplicando.
- Se adjuntaban las condiciones generales del contrato a precio libre y se ofrecía un descuento del 2% sobre el consumo de electricidad, a cambio de la permanencia en ENDESA.
- Salvo que indicara lo contrario en el plazo de 30 días, se entendía que se aceptaban dichas Condiciones Generales, especialmente en lo referente a la cesión contractual y la autorización para el tratamiento de sus datos de carácter personal.
- Recordaba la posibilidad de conocer las ofertas de otras comercializadoras a precio libre, adjuntando un listado de las mismas.

Segunda remesa

ENDESA envió una segunda remesa de cartas, durante marzo de 2010, en las que se informaba:

- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre, así como los recargos en el precio que se le estaban aplicando.
- Ofrecía un descuento en el importe de los consumos (hasta el 31 de octubre de 2010 en un caso, y el 30 de abril de 2011 en el otro) sin detallar su cuantía, pero indicando la tarifa final aplicable, a cambio de la permanencia en ENDESA.
- Se entendería aceptada la cesión salvo que, en el plazo de 30 días, se indicase lo contrario.

Tercera remesa

En octubre de 2010, se envió otra remesa de cartas idéntica a la segunda remesa anteriormente descrita.

Consumidores industriales en alta tensión.

ENDESA remitió cartas a clientes que equivalen a un total de [...] puntos de suministro de este segmento en alta tensión en dos remesas distintas:

Primera remesa

En diciembre de 2009, ENDESA envió una primera remesa de cartas, dirigida a clientes industriales en media tensión. En ellas, se informaba de lo siguiente:

- El suministro de electricidad había sido asumido por ENDESA
- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre antes del 31/12/2009, y la facultad para la suspensión del suministro.
- Ofrecía un 2% de descuento en el consumo eléctrico (energía activa) hasta 30/06/2010 sobre su nivel de precio actual.
- Se entendería aceptada la permanencia salvo que, en el plazo de 30 días, se indicase lo contrario.

Segunda remesa

Durante el mes de abril de 2010, ENDESA envió una nueva remesa de cartas, en la que se comunicaba lo siguiente:

- Habiendo transcurrido el periodo de 30 días sin haber recibido comunicación en contra, el suministro pasaba al mercado libre permaneciendo en ENDESA.
- Se adjuntaban Condiciones Generales y el anexo de precios que se aplicaban al suministro.
- Se recordaba descuento del 2% sobre el consumo de electricidad.

Consumidores industriales en baja tensión.

ENDESA remitió cartas a clientes que equivalen a un total de [...] puntos de suministro en baja tensión en dos remesas:

Primera remesa

En febrero de 2010, ENDESA envió una primera remesa de cartas dirigida a clientes industriales en baja tensión. En ellas, se informaba de lo siguiente:

- Su suministro de electricidad había sido asumido por ENDESA.
- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre, y los sucesivos recargos contemplados en la legislación
- Ofrecía “*un descuento del 12% en el consumo eléctrico hasta el 31 de diciembre de 2010. Todo ello manteniendo un precio fijo, sin cambios hasta final de año*”. En nota a pie aclara que se trata de un “*descuento sobre precio de 1 de Octubre de 2009, actualizado según regulación*”.
- Concluía que se entendería aceptado el cambio de condiciones salvo que, en el plazo de 30 días, se indicase lo contrario, recordando la opción de aceptar ofertas de otro comercializador.
- Finalmente se ofrecía la posibilidad de conseguir mayores descuentos poniéndose en contacto con la empresa.

Segunda remesa

Durante el mes de mayo de 2010, ENDESA envió una segunda remesa en la que se informaba de lo siguiente:

- Habiendo transcurrido el periodo de 30 días sin haber recibido comunicación en contra, su suministro pasaría al mercado libre permaneciendo como suministradora ENDESA.
- Se adjuntaban Condiciones Generales y el anexo de precios que se aplicaban al suministro.
- Se señalaba un descuento del 2% sobre el término de energía.

Respecto a la diferencia sobre los porcentajes de descuento, en el escrito de Endesa de 13 de octubre de 2011, en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación, ENDESA explica que:

“Las dos comunicaciones, de primera y segunda vuelta (febrero y mayo de 2010), emitidas en la campaña de empresas en baja tensión, se refieren al mismo descuento: un 2% sobre la tarifa disuasoria aplicable en el cuarto trimestre de 2009, actualizada con la variación de los peajes de la tarifa de acceso aplicables en el momento del lanzamiento de la campaña (febrero de 2010). Teniendo en cuenta los progresivos incrementos de la tarifa disuasoria previstos en la normativa aplicable”, la aplicación de un precio fijo, resultante del descuento del 2% indicado, durante todo el periodo comprendido entre febrero y el 31 de diciembre de 2010, resultaría en un descuento medio del 12% sobre el precio medio que el consumidor habría tenido que pagar durante todo ese periodo en el supuesto de que se hubiera mantenido acogido a la tarifa disuasoria prevista por la regulación. Es por ello por lo que en la carta de febrero de 2010 se hace referencia a un descuento del 12% “hasta el 31 de diciembre de 2010”, resultante de aplicar hasta esa fecha, como también se indica en la carta, un precio fijo calculado mediante la aplicación de un descuento sobre la tarifa disuasoria aplicable a “1 de octubre de 2009, actualizado según regulación”.

En todo caso, en sus diferencias escritos de alegaciones ENDESA reitera que condiciones económicas aplicadas por ENDESA tras la modificación contractual investigada eran en sustancia económicamente equivalentes a la tarifa disuasoria, con un mínimo descuento del 2% (folio 2698).

Administraciones Públicas

ENDESA remitió cartas a clientes que equivalen a un total de [...] puntos de suministro correspondientes a las Administraciones Públicas.

Primera remesa

Las AA.PP fueron incluidas en las campañas desarrolladas por ENDESA en diciembre de 2009 en relación con las empresas de media tensión. Las cartas destinadas a las AA.PP son similares a las enviadas en aquella remesa. En ellas, como ya se ha dicho, se informaba de lo siguiente:

- El suministro de electricidad había sido asumido por ENDESA
- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre antes del 31/12/2009, y la facultad para la suspensión del suministro.
- Ofrecía un descuento del 2% sobre el término de energía hasta el 30/06/2010.

- Se entendería aceptada la permanencia salvo que, en el plazo de 30 días, se indicase lo contrario.

Segunda remesa

Las AA.PP. fueron asimismo incluidas en las campañas desarrolladas por ENDESA en febrero de 2010 en relación con las empresas en baja tensión. Las cartas destinadas a las AA.PP son similares a las enviadas en aquella remesa. En ellas, se informaba de lo siguiente:

- Su suministro de electricidad había sido asumido por ENDESA.
- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre, y los sucesivos recargos contemplados en la legislación
- Ofrecía un descuento del 12% sobre el término de energía hasta el 31/12/2010, a cambio de la permanencia en ENDESA.
- Concluía que se entendería aceptado el cambio de condiciones salvo que, en el plazo de 30 días, se indicase lo contrario, recordando la opción de aceptar ofertas de otro comercializador.
- Finalmente se ofrecía la posibilidad de conseguir mayores descuentos poniéndose en contacto con la empresa.

Tercera remesa

Las AA.PP fueron incluidas en las campañas desarrolladas por ENDESA en marzo de 2010 en relación con los consumidores domésticos. Las cartas destinadas a las AA.PP son similares a las enviadas en aquella remesa. En ellas se informaba:

- Acerca del proceso transitorio para los suministros con potencia contratada superior a 10 kW, que no hubieran optado por realizar un contrato en el mercado libre, así como los recargos en el precio que se le estaban aplicando.
- Ofrecía un descuento en el importe de los consumos (hasta el 31 de octubre de 2010 en un caso, y el 30 de abril de 2011 en el otro) sin detallar su cuantía, pero indicando la tarifa final aplicable, a cambio de la permanencia en ENDESA.
- Se entendería aceptada la cesión salvo que, en el plazo de 30 días, se indicase lo contrario.

Cuarta remesa

En febrero y abril de 2010 se enviaron a las AA.PP un total de [...] cartas de rectificación sobre la oferta trasladada en las anteriores comunicaciones y se le informaba de la necesidad de la formalización de un nuevo contrato de

conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público (cartas de rectificación).

En respuesta a un requerimiento de información de la DI (escrito de Endesa de 13 de octubre de 2011), ENDESA explica que habida cuenta de las limitaciones previstas en el hoy artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, que exige, particularmente, que las modificaciones de los contratos celebrados con las Administraciones Públicas se formalicen conforme a lo previsto en el artículo 140 de la misma norma, ENDESA decidió remitir las Administraciones Públicas que habían sido incluidas en las campañas descritas la mencionada carta de rectificación.

No obstante, en el texto de las cartas enviadas que a continuación se reproduce no se observa que se haga mención a esta circunstancia

“Por un error en nuestro sistema de tratamiento informático, le hemos trasladado una comunicación por correo ordinario donde le informamos de la aplicación del Real Decreto 485/2009, en los suministros sin derecho a Tarifa de Último Recurso (TUR), y trasladamos una oferta específica.

No obstante a lo anterior, por su perfil de cliente no es posible aplicarle la condición trasladada.

Para normalizar su situación y evitar los incrementos de precios previstos según dicho Real Decreto, se hace necesaria la formalización de un nuevo contrato para lo cual disponemos de nuevos productos que nos permitimos ofrecerle.

Todo ello de forma personalizada, en función del número de suministros, potencia contratada, perfil de consumo y forma de pago, de tal forma que se adapte al máximo a su situación.

*Así conseguirá evitar los mencionados incrementos de precios, y conseguirá un **ahorro directo** en su próxima factura. Todo ello sin preocuparse de nada”.*

5. Devoluciones

ENDESA ha utilizado tres métodos distintos de envío: i) por correo ordinario junto con la factura de electricidad, para los clientes domésticos; ii) por correo ordinario con gestión de devoluciones, para empresas en alta y baja tensión; y iii) carta certificada (cartas de rectificación), para las Administraciones Públicas.

ENDESA reconoce que no dispone de los acuses de recibo de los envíos realizados. También reconoce que del total de cartas remitidas, ENDESA no ha podido finalizar el rastreo respecto a 536 puntos de suministro que fueron objeto de comunicación (folios 1862-1869).

De acuerdo con la información facilitada, del total de cartas enviadas mediante el sistema de gestión de devoluciones para clientes en alta y baja tensión, se produjeron un total de 2.401 devoluciones (lo que representa un 6,9%). Asimismo

11 de estos clientes se opusieron expresamente a la oferta realizada de este modo mediante el teléfono de atención al cliente referido en las cartas.

Por tanto, el número de clientes que procedieron a la devolución u oposición asciende a 2.412.

6. Siguiendo el procedimiento descrito, ENDESA traspasó al mercado libre a [...] clientes (el [...] de los clientes sin derecho a TUR que fueron objeto de la estrategia analizada) sin recabar el consentimiento de dichos clientes.

Del total de los 504.625 puntos de suministro sin derecho a TUR que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA a 1 de julio de 2009, 327.241 (65%) fueron objeto de la estrategia analizada, es decir, fueron destinatarios de las cartas enviadas.

ENDESA reconoce que a fecha de 30 de septiembre de 2010, de los [...] puntos de suministro a los que se les había dejado de aplicar en ese momento la tarifa disuasoria, [...] estaban siendo suministrados a precio libre por ENDESA (folio 346). Estos [...] puntos de suministro suponen un [30-40] % sobre el número total de consumidores transitoriamente suministrados por ENDESA y [50-60]% de los destinatarios de la estrategia analizada.

De los 327.241 consumidores objeto de la estrategia analizada, a fecha 31 de agosto de 2011:

- [5-10]% habían causado baja definitiva como punto de suministro.
- [50-60]% habían firmado un contrato de suministro con una comercializadora ajena a ENDESA.
- El resto de punto de suministro, [40-50] % seguían siendo suministrados por ENDESA, porque seguían pagando la TUR con recargo, porque modificaron expresamente las condiciones de su contrato para acogerse a la TUR, o porque seguían siendo suministrados a precio libre por ENDESA, como consecuencia de la modificación contractual analizada. En este último supuesto se encontraban [...] clientes, representando un [30-40] % sobre los consumidores que fueron objeto de la estrategia.

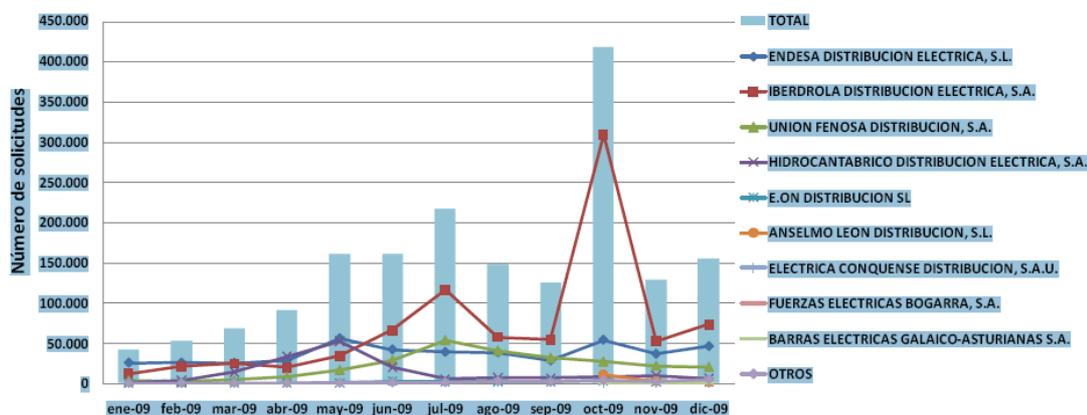
7. Los indicadores publicados por la CNE, así como datos facilitados por OCSUM en sus informes periódicos sobre los procesos de cambio de suministrador muestran un incremento general de solicitudes en el 4º trimestre de 2009 y en el 1º trimestre de 2010.

Los datos facilitados por la OCSUM en sus informes trimestrales y mensuales sobre solicitudes de cambio de suministrador reflejan que la gran mayoría de solicitudes de cambio de suministrador en los periodos mencionados se estaba produciendo en el tipo movimiento CUR-NO CUR, lo cual constituye un indicativo

de la liberalización del mercado que se estaba produciendo, y del hecho de que los consumidores sujetos a tarifas de último recurso se encontraban en un momento de transición hacia el mercado libre.

Tal y como se aprecia en el gráfico adjunto incluido en el informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad, periodo 2007-2009, en términos absolutos, el mayor número de solicitudes, especialmente en el último trimestre de 2009 fueron recibidas por ENDESA e IBERDROLA. Todo ello refleja el momento temporal especialmente propicio para la captación de clientes en el mercado libre por parte de los diferentes suministradores eléctricos.

Por lo que se refiere a ENDESA, habría que tener en cuenta que la misma solo refleja los cambios de suministrador en los que ha intervenido la distribuidora (Endesa Distribución Eléctrica, S.L.), pero no los [...], que están siendo analizados en este expediente. Se observa que la cifra de clientes sin derecho a TUR traspasados a mercado libre mediante la estrategia analizada constituye un porcentaje muy significativo (más del 150%) si se compara con el número de solicitudes de cambio de suministrador que refleja el gráfico.



Fuente: CNE a partir de datos de OCSUM

8. Condiciones generales en los contratos de suministro de electricidad de ENDESA

ENDESA establece unas condiciones generales de suministro, que resultan de aplicación en todos sus contratos. Adicionalmente, para cada contrato de suministro, serán de aplicación las condiciones particulares propias de cada uno de los clientes.

En el marco de los hechos objeto de valoración, se llevaron a cabo adaptaciones del modelo para el suministro en el mercado libre, estableciéndose una versión para aquellos consumidores sin derecho a tarifa de último recurso,

transitoriamente suministrados por ENDESA, y otra versión para aquellos consumidores, objeto de la estrategia analizada, que fueron traspasados por ENDESA al mercado libre sin consentimiento expreso (que fue remitida junto a la remesa de cartas).

Los consumidores pasaron de las condiciones generales para los clientes de ENDESA sin derecho a TUR a las condiciones generales para los clientes de ENDESA traspasados al suministro en el mercado libre. Las principales diferencias entre unas condiciones contractuales y otras se refieren al duración del contrato (límite establecido en la normativa, en un caso, y anual prorrogable, en otro), al precio (tarifa establecida en la normativa, en un caso, y precio libre, en otro), y a la terminación del contrato.

Por lo que se refiere a la terminación del contrato, en las condiciones generales aplicables a los clientes traspasados al mercado libre por ENDESA, se recoge como causa de resolución del contrato: “e) *en caso de comunicación por parte del cliente durante la vigencia del presente contrato*”. No se recoge ningún tipo de penalización por rescisión anticipada del contrato, lo que resulta coherente con la información contenida en las cartas remitidas.

Por lo que se refiere las condiciones generales aplicables a los clientes sin derecho a TUR, se recoge la siguiente cláusula:

“10. CESIÓN

El Comercializador podrá ceder el presente Contrato y sus derechos y obligaciones a cualquier empresa, siendo suficiente a tal efecto realizar la correspondiente comunicación al Cliente.”

En las condiciones generales aplicables a los traspasados por ENDESA a suministro en el mercado libre, se recoge de forma similar:

“11. CESIÓN

Endesa podrá ceder el presente Contrato y sus derechos y obligaciones a cualquier empresa que esté vinculada, participada o sea sucesora de Endesa y que pueda prestar en cualquier momento y durante la vigencia del presente contrato el servicio objeto del mismo, siendo suficiente a tal efecto realizar la correspondiente comunicación al Cliente”.

En los dos modelos anteriores, por lo que se refiere a la modificación de las condiciones del contrato, se recoge de forma semejante la siguiente cláusula:

“Endesa podrá modificar las Condiciones del presente Contrato previa comunicación al Cliente con una antelación de 30 días naturales a la fecha efectiva de la modificación, sin perjuicio de la facultad del Cliente de resolver el Contrato por disconformidad y sin penalización alguna. En caso

de no manifestar lo contrario, se entenderá que el cliente acepta las modificaciones en la fecha determinada por Endesa”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del presente procedimiento

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

En su Propuesta de Resolución la DI concluye que *“La conducta llevada a cabo por ENDESA, consistente en el traspaso al mercado libre de los clientes sin derecho a TUR que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial, constituye una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC, puesto que ha producido un falseamiento de la libre competencia que afecta, además, al interés público”*. La DI considera responsable de dicha infracción a ENDESA ENERGÍA XXI S.L. (a la que nos referiremos como ENDESA).

Para llegar a esta conclusión, primero, la DI analiza si se ha producido una infracción de normas en el sentido del apartado 2 del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD). Segundo, se plantea si como consecuencia de dicha infracción se ha producido un falseamiento de la libre competencia en el mercado y, finalmente, si la conducta ha afectado al interés público garantizado por la LDC.

El artículo 15.2 de la LCD establece: *“Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”*

Por tanto, la cuestión es si ENDESA, con su comportamiento, ha infringido la legislación vigente. En concreto, la DI analiza la conducta de ENDESA a la luz de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, que establece el procedimiento a llevar a cabo para realizar cambios de suministrador de electricidad. Esta Disposición prevé la necesidad de recabar la conformidad expresa del cliente, cuya voluntad inequívoca deberá acreditarse por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El incumplimiento de estos requisitos y obligaciones se tipifica como infracción en el artículo 62.4 de la LSE.

A este respecto, la DI no ignora que en sus alegaciones a lo largo del procedimiento ENDESA afirma que resulta suficiente el simple consentimiento tácito del consumidor de acuerdo con el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000, puesto que no se ha producido una modificación en la persona

jurídica comercializadora. Por ello, ENDESA reconoce no haber recabado el consentimiento expreso de los clientes afectados por la modificación contractual.

En definitiva, como dice la propia DI *“La cuestión, por ello, consiste en dilucidar si en el presente caso, esto es, respecto a las modificaciones contractuales llevadas a cabo por ENDESA que derivan en un cambio de suministro al mercado libre, resulta de aplicación el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000, siendo suficiente la previa notificación al consumidor, o si, por el contrario, es exigible el consentimiento expreso a que se refiere la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009”*.

A este respecto la DI concluye que, al producirse una modificación en el tipo de suministro, aunque no se haya producido un cambio en la persona jurídica del suministrador, debe exigirse el consentimiento expreso del cliente. Y lo razona de la siguiente manera:

Las modificaciones contractuales llevadas a cabo por ENDESA suponen el paso de los clientes del mercado regulado (sometidos a tarifa disuasoria) al mercado libre. Este procedimiento de traspaso de clientes de un mercado es objeto de una minuciosa atención por parte del legislador con la finalidad primordial de dotar de transparencia al proceso.

Es cierto que en el caso presente no se ha producido un cambio en la persona jurídica del comercializador, puesto que, ENDESA, como comercializadora de último recurso, ha asumido asimismo labores de suministro de electricidad en el mercado libre. Pero también lo es que Endesa es la única empresa comercializadora de último recurso que ha asumido, a través de la misma personalidad jurídica, actividad comercializadora en mercado libre.

La DI considera que *“Dicho objetivo de transparencia se vería considerablemente mermado si se admitiera como suficiente el consentimiento tácito en aquellos supuestos en que las personas jurídicas comercializadora de último recurso y de mercado libre coincidieran en una misma identidad. Pues aunque en estos casos no haya un cambio de suministrador, a la postre, la modificación en el tipo de suministro que se realiza es el mismo que en aquellas ocasiones en que la legislación requiere explícitamente el consentimiento expreso.*

De hecho, al no existir formalmente un cambio en la figura del suministrador, a los consumidores afectados les puede resultar todavía más difícil discernir el traspaso de su suministro al mercado libre, desincentivándoles para conocer las ofertas de los restantes comercializadores alternativos, y contraviniendo así la finalidad de las diversas medidas regulatorias en este ámbito, que no era otra sino incentivar al consumidor, de forma consciente, a la firma de un contrato de suministro.”

Considera por ello la DI que con su conducta ENDESA contraviene la voluntad del legislador y la normativa de aplicación.

Partiendo de la necesidad de consentimiento expreso, no puede admitirse que el consentimiento tácito tenga la misma validez que el consentimiento expreso. Además, la DI recuerda que cuando el legislador quiere dotar de este alcance al silencio, es necesario que la empresa tenga constancia fehaciente de la recepción de la comunicación por parte del interesado, quedando obligada la notificante a conservar en su poder la acreditación de la notificación. Cita a modo de ejemplo el artículo 85.1 del Real Decreto 1955/2000.

Esta circunstancia tampoco se ha producido en la actuación de ENDESA enjuiciada en el presente expediente. ENDESA confirma haber empleado para los envíos correspondientes a la estrategia comercial analizada básicamente dos sistemas distintos: correo ordinario y correo ordinario con gestión de devoluciones, en ninguno de los cuales existe constancia alguna de su recepción por parte de los destinatarios. El número de devoluciones ha sido inferior al 1% del total de los envíos. En el resto de casos, si bien no se ha recibido devolución, se desconoce si han sido efectivamente recibidas por los destinatarios correspondientes.

De todo ello concluye que *ENDESA “ha llevado a cabo una conducta desleal, al contravenir la normativa rectora del comportamiento concurrencial de los operadores en el mercado minorista de suministro eléctrico, al proceder a la modificación sustancial de los contratos sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, que exige la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, como corrobora la CNE en el informe remitido a esta Dirección”.*

A partir de ahí, la DI se plantea si la conducta desleal de ENDESA produce un falseamiento de la competencia en el mercado y concluye que sí.

La actuación de ENDESA tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia en la captación de un grupo de clientes “con una cierta falta de interés al cambio” que, además, presentaba un elevado atractivo para los comercializadores, por su volumen y por sus niveles de consumo.

En esta especial coyuntura, dada su condición de CUR, es incontestable la posición privilegiada de los CUR (en este caso, ENDESA) para, con vistas a formalizar un contrato a precio libre, acceder a ese segmento de clientes, traspasados automáticamente el 1 de julio de 2009, con respecto a los comercializadores ajenos a los grupos empresariales titulares de los CUR.

Los demás comercializadores no tuvieron ocasión de replicar la conducta de ENDESA debido a que su acceso a la información de los consumidores no pudo producirse con la misma facilidad que en el caso de ENDESA, por lo que sus posibilidades reales de diseñar ofertas para este segmento de consumidores se vieron considerablemente mermadas.

Al adelantarse a los demás competidores y haber incurrido en menos costes de captación, ENDESA pudo obtener unos beneficios superiores a los que podrían haber obtenido sus competidores. Los márgenes con los que contaban los comercializadores, para ofertar después del primer cambio, podrían ser insuficientes para conseguir el cambio, especialmente teniendo en cuenta que el porcentaje de consumidores que cambian más de una vez de comercializador es del 0,1%.

Por todo lo anterior, la DI concluye que, al infringir la normativa que regula la actividad concurrencial, ENDESA ha provocado un falseamiento de la libre competencia en el mercado, tanto desde una perspectiva estructural, obstaculizando en un momento temporal relevante el acceso de los competidores en el mercado, como desde una perspectiva funcional, reforzando la pasividad de los consumidores afectados en la elección de comercializador. Subraya la DI el hecho de que más del [30-40] % de los clientes traspasados automáticamente a ENDESA el 1 de julio de 2009, siguen vinculados a la misma.

En tercer lugar, la DI considera que este acto de competencia desleal afecta al interés público por su relevancia cuantitativa y cualitativa. La conducta afecta a un servicio esencial como es el suministro eléctrico y se ha desarrollado en pleno calendario de supresión del sistema tarifario integral y de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica. La actuación de ENDESA ha obstaculizado la posibilidad de los demás comercializadores de competir por estos consumidores y a éstos de encontrar mejores alternativas de suministro, lo que ha provocado una distorsión de la situación competitiva en un mercado de gran relevancia para el consumidor, por tratarse de un servicio de primera necesidad. En vista de ello, la afcción al interés público resulta indiscutible.

De esta forma la DI llega a la conclusión de que el traspaso al mercado libre de los clientes sin derecho a TUR, que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, sin recabar su consentimiento expreso, constituye una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC. De acuerdo con el artículo 62.3 c) de la LDC, la conducta llevada a cabo por ENDESA sería considerada una infracción grave.

La DI considera que la conducta de ENDESA se inicia en noviembre de 2009 con el envío de la primera remesa de cartas dirigida a los clientes domésticos, y finaliza en octubre de 2010 con el envío de la última remesa, asimismo dirigida a consumidores domésticos.

SEGUNDO. Alegaciones de ENDESA

ENDESA hace algunas alegaciones con carácter preliminar.

Primero, que con la conducta investigada, ENDESA no ha pretendido más que hacer frente a un grave problema ocasionado por el legislador, con el ánimo

fundamental de garantizar la seguridad en el suministro eléctrico a aquellos consumidores sin derecho a TUR que podían ver, primero, sus tarifas incrementadas y, posteriormente, su suministro interrumpido si no optaban por salir al mercado.

Segundo, el PCH en este expediente S/0304/11 es una adaptación acrítica y defectuosa del adoptado en el expediente S/0213/10, que no tiene en cuenta las particularidades de la conducta de ENDESA y sus divergencias con la conducta de IBERDROLA investigada en el citado expediente.

ENDESA argumenta que, en su opinión, la conducta analizada no vulnera norma jurídica alguna.

En primer lugar, porque la CNE no ha declarado la comisión por parte de ENDESA de ninguna infracción. Afirma ENDESA que la CNC no es competente para declarar una infracción de la normativa sectorial.

En segundo lugar, explica ENDESA que su conducta no conlleva para los clientes un cambio de suministrador, sino sólo una modificación de un único aspecto de un contrato:

- Desde la desaparición de las tarifas integrales, el 1 de julio de 2009, todos los consumidores, con o sin derecho a TUR, suministrados o no por una CUR, son consumidores en el mercado libre, por lo que la conducta de ENDESA no supone un paso de clientes del mercado regulado al mercado libre, ni tampoco modificación alguna en el tipo de suministro.
- La modificación contractual realizada por ENDESA no es sustancial y favorece al consumidor.
- La Condición General número 6 de los contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre del Grupo Endesa, rubricada "Modificación de las condiciones económicas", establece la facultad del comercializador de modificar las condiciones del contrato *"previa comunicación al Cliente con una antelación de 30 días naturales a la fecha efectiva de la modificación, sin perjuicio de facultad del Cliente de resolver el Contrato por disconformidad sin penalización alguna. En caso de no manifestar lo contrario dentro del citado plazo, se entenderá que el Cliente acepta las modificaciones en la fecha determinada por el Comercializador"*.

Por ello, la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 no es aplicable a la conducta de ENDESA y la modificación contractual desarrollada por ENDESA puede tener lugar mediante el simple consentimiento tácito del consumidor.

Manifiesta ENDESA que entender lo contrario supone una interpretación analógica de dicho precepto prohibida por el artículo 129.4 de la Ley 30/1992, pues subsume en el tipo infractor un supuesto de hecho -la modificación

contractual sin cambio en la persona jurídica del comercializador- claramente no contemplado en el mismo, vulnerando así el principio de tipicidad, particularmente cuando dicha interpretación da lugar, como es el caso que nos ocupa, a una aplicación analógica in *malam partem*.

En tercer lugar, ENDESA confirma que ha recabado el consentimiento tácito de los consumidores de forma válida. Argumenta que 1) las empresas que los realizaron han certificado que realizaron tales envíos y 2) se aplicaron salvaguardas similares a las empleadas en otras campañas. Considera que se está invirtiendo la carga de la prueba. La DI está presumiendo sin más que los consumidores no recibieron las cartas y obligando a ENDESA a probar tal recepción, cuando es la DI quien debería probar que los clientes no las recibieron.

Sentado lo anterior, ENDESA expone las razones por las que no cabe valorar que su conducta haya vulnerado la normativa de competencia.

Primero, porque dicha conducta no infringe la LCD.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (STS 29 de mayo de 2008, RJ 2008\4164), la vulneración del art. 15.2 de la LCD requiere la infracción de una norma jurídica que tenga por objeto la ordenación o "*la regulación de la actividad concurrencial*". Sostiene ENDESA que: 1) no se ha vulnerado la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, como pretende la DI y 2) que, en todo caso, la misma no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Segundo, porque la conducta de ENDESA no es susceptible de falsear la libre competencia de forma sensible.

ENDESA no ha obtenido ninguna ventaja irreplicable por sus competidores.

Los competidores de ENDESA podían saber qué consumidores sin derecho a TUR estaban siendo transitoriamente suministrados por una CUR a través del SIPS. Tuvieron tiempo para ello, puesto que las campañas de ENDESA empezaron cuatro meses después de que por imperativo legal pasara a suministrar a estos clientes. Además, la oferta de ENDESA dejaba margen suficiente para que sus competidores pudieran ofrecer descuentos atractivos para vencer la reticencia al cambio de los consumidores afectados. El descuento que ENDESA ofrece es reducido y a partir de la TUR penalizada, como evidencia el primer informe económico aportado junto a las alegaciones al PCH. La afirmación de la DI de que la reticencia al cambio de suministrador se refuerza una vez se ha producido un primer cambio, incluso si fuera cierta, en nada afectaría al análisis del caso porque, según la empresa la conducta de ENDESA no ha implicado un cambio de suministrador.

De hecho, ENDESA sostiene que no ha obstaculizado la competencia, sino todo lo contrario.

De acuerdo con los datos que se ofrecen en los dos informes económicos aportados, la conducta de ENDESA ha incentivado tanto la salida al mercado libre de los consumidores no TUR afectados, como la captación de tales consumidores por parte de terceras comercializadoras. Estos informes también vienen a poner de manifiesto que la cuota de mercado de ENDESA en el segmento de clientes sin derecho a TUR ha ido decreciendo paulatinamente, y esa evolución decreciente coincide temporalmente con las comunicaciones emitidas por ENDESA. El segundo informe económico también defiende que el Sistema de Información de Puntos de suministro (SIPs) permite la adecuada identificación de estos clientes por otras comercializadoras y, a través de una encuesta realizada a clientes, sostiene que este grupo de clientes afectados por la práctica efectivamente recibieron ofertas de otras comercializadoras.

ENDESA defiende que, en todo caso, el limitadísimo número de consumidores afectados por la conducta impide que cualquier potencial afectación a la competencia fuera sensible o significativa.

No puede considerarse afectados por la conducta a todos los receptores de la comunicación. Según ha admitido la DI, sólo [...] clientes fueron objeto de modificación contractual. Como ya se ha dicho, ENDESA sólo ha retenido a una parte de ellos. Por otro lado, en ausencia de conducta parte de estos clientes igualmente hubieran permanecido en ENDESA, luego el impacto real de la conducta es todavía menor.

En todo caso, incluso si se considera a todos los que recibieron las cartas, se trata de un porcentaje pequeño del mercado (1,1% de los consumidores del mercado de suministro de electricidad). Dado que la conducta afecta a un porcentaje ínfimo de la demanda del mercado, debe considerarse como de menor importancia. En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución ENDESA rechaza los argumentos de la DI referentes a que su cuota y su proyección en el mercado deban tenerse en cuenta a la hora de valorar si la conducta puede ser considerada de *minimis*. Afirma que si así fuera no cabría la calificación como “*de minimis*” en la infracción de abuso y, sin embargo, la propia norma lo contempla. El contexto jurídico económico no impide la aplicación del criterio de *minimis* al caso porque no ha habido efectos sobre la competencia.

Tercero y último, la conducta de ENDESA no es susceptible de afectar al interés público ni lo ha afectado.

No basta, como pretende la DI, con que la conducta afecte a un servicio esencial o que la misma se haya producido en un momento clave para la liberalización del sector para considerar que afecta al interés público. De acuerdo con la doctrina del TS, la conducta debe ocasionar un efecto negativo que comporte una distorsión u obstaculización sensible, grave y significativa (STS de 20 de abril de 2010 y de 8 de julio de 2011). En el presente caso, ENDESA reitera que la

conducta no solo no ha obstaculizado, sino que ha fomentado la competencia, incentivando la salida al mercado libre de los consumidores afectados y la captación de los mismos por terceras comercializadoras y que además reporta ventajas para el consumidor.

TERCERO. Conducta infractora

El art. 3 de la Ley 15/2007 establece que tendrán el tratamiento de conducta prohibida aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Como se deduce de la lectura de este artículo y establece la mejor doctrina, para concluir la existencia de una infracción del artículo 3 se tienen que dar tres elementos, cumulativos aunque estrechamente relacionados: a) un acto o actos de competencia desleal b) con aptitud para falsear la competencia c) de modo tal que afecte al interés público.

Corresponde analizar si tales elementos concurren en el caso que nos ocupa de acuerdo con la imputación que realiza la DI y a la vista de las alegaciones y pruebas presentadas por ENDESA.

a) Conducta desleal por infracción de norma concurrencial

La deslealtad competitiva es uno de los elementos del tipo infractor del artículo 3 de la LDC, y esta calificación debe realizarla la Comisión Nacional de la Competencia a la luz de las normas que integran el Derecho contra la competencia desleal.

La DI considera que la conducta de ENDESA constituye una infracción de normas en el sentido del apartado 2 del artículo 15 de la LCD. Este precepto legal dispone: *“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

Es un hecho indiscutido, puesto que así lo ha reconocido expresamente ENDESA, que remitió las cartas que se describen en el HP 4 y que no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores para llevar a cabo la modificación de las condiciones de suministro.

La cuestión que se debate es si la estrategia de ENDESA para migrar a mercado libre a los clientes sin derecho a TUR, sujetos a tarifa con recargo y suministrados por el CUR del grupo ENDESA, debe regirse por la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 y, por tanto, requiere consentimiento expreso del

cliente o si, por el contrario como afirma ENDESA, puede considerarse una modificación simple de condiciones contractuales y resulta de aplicación el artículo 110ter del Real Decreto 1955/2000, según el cual bastaría con el consentimiento tácito.

Esta controversia, dicho sea de paso, difiere de lo analizado en el expediente S/0213/10 IBERDROLA SUR, lo que lleva a rechazar de plano la alegación de ENDESA respecto a que la DI no ha tenido en cuenta las particularidades de la conducta de ENDESA. Los Hechos Probados en esta Resolución reflejan adecuadamente las circunstancias que rodean a la conducta de ENDESA y la valoración jurídica se centra en las cuestiones específicas de este caso para calificar la conducta.

Precisamente, para valorar la controversia planteada es necesario analizar la conducta en su contexto jurídico económico. La misma se enmarca en el proceso de liberalización del suministro eléctrico y, en particular, del traspaso de los clientes con menor disposición al cambio al mercado libre. A este respecto, el legislador ha adoptado disposiciones normativas específicas para facilitar el acceso de estos clientes al mercado, como son el Real Decreto 485/2009 y la Orden TC/1659/2009. Tales disposiciones, por cierto, incluyen especiales cautelas dirigidas a que las compañías verticalmente integradas no desarrollen estrategias que tiendan a fidelizar a los clientes o a forzar su permanencia en el seno del grupo como consecuencia de asimetrías en la información (por ejemplo, artículo 6 del Real Decreto 485/2009 o la propia Disposición Adicional primera citada).

Es en este contexto regulatorio en el que debe analizarse la conducta.

ENDESA, a través de las cartas analizadas, ha traspasado a consumidores que transitoriamente se seguían suministrando a tarifa (la TUR con recargo) al mercado libre.

ENDESA argumenta que desde la desaparición de las tarifas integrales el 1 de julio de 2009, todos los consumidores, con o sin derecho a TUR, suministrados o no por una CUR, son consumidores en el mercado libre, por lo que la conducta de ENDESA no supone un paso de clientes del mercado regulado al mercado libre, ni tampoco modificación alguna en el tipo de suministro. ENDESA invoca el art. 4 de la Orden ITC/1659/2009 para argumentar que a estos clientes le serán de aplicación las condiciones para los contratos de suministro en el mercado libre y, por tanto, la Condición General número 6 de los contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre del Grupo Endesa, que considera plenamente compatible con la normativa y en particular con el 110 ter. del Real Decreto 1955/2000. Este artículo en su letra d) prevé que *“Los consumidores deberán ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a resolver el contrato sin*

penalización alguna cuando reciban el aviso". ENDESA considera que ha cumplido con esta obligación.

Ciertamente la normativa establece que los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado (artículo 5 del Real Decreto 485/2009). No obstante, especifica que a estos consumidores les serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en la sección 4ª del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000, es decir, todo aquello que tiene que ver con el pago y la suspensión del suministro (arts 84-89).

El Artículo 110 ter. del Real Decreto 1955/2000, regula los "requisitos mínimos de los contratos suscritos con clientes domésticos". El apartado 4 del 110 ter se refiere a la modificación de las condiciones de aquellos contratos de clientes que se suministran en el mercado libre y no al cambio de contrato de un tipo de suministro (contrato a tarifa) a otro distinto (contrato en mercado libre), que es a lo que la conducta de ENDESA se dirigía. Y ello por mucho que las condiciones de ambos tipos de contratos puedan en su caso parecerse o a pesar de hecho de que jurídicamente a partir de 1 de julio de 2009, todos los consumidores, con o sin derecho a TUR, se consideren consumidores del mercado libre. El 110ter no es un artículo que venga a prever las condiciones en que debe desenvolverse el cambio de los clientes de la tarifa regulada al suministro a precio libre, como tampoco lo hace la previsión que se refleja en la Condición General número 6 de los contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre del Grupo Endesa, que la empresa invoca.

En línea con lo manifestado por la CNE, el cambio de suministrarse a tarifa (TUR penalizada) al suministro a precio libre constituye una modificación sustancial de las condiciones económicas que resultan de aplicación, puesto que afecta nada menos que al precio, a la duración y a las condiciones de terminación del contrato (condiciones esenciales de todo contrato). No se trata de una simple modificación de condiciones, sino que supone para el consumidor dejar de estar sujeto a lo previsto en la sección 4.ª del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000 y a los derechos y obligaciones que conlleva para verse plenamente sujeto a las condiciones del régimen económico del suministro a precio libre, con todo lo que ello implica. Se trata de una modificación sustancial del contrato.

La propia empresa en sus escritos habla de "salida de los clientes al mercado libre", lo que denota que considera que el abandono de la tarifa regulada para pasar a suministrarse en condiciones de mercado comporta un cambio sustancial.

El legislador ha regulado este traspaso de clientes de la tarifa regulada a la tarifa libre de manera específica. La Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, establece precisamente el mecanismo de traspaso de clientes del suministro a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica así como el precio y condiciones de aplicación del suministro de los consumidores que, sin tener derecho a

acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad.

Su Disposición Adicional Primera, mediante el requisito de consentimiento expreso, pretende evitar el riesgo de que los clientes sean objeto de estrategias por parte de las compañías verticalmente integradas que fuercen su permanencia en el seno del grupo por falta de información. Precisamente porque el consentimiento tácito refuerza la falta de transparencia y facilita que los clientes se vean inducidos a permanecer en el seno del mismo grupo.

En la medida en que la práctica de ENDESA, como ya se ha dicho tiene por objeto traspasar a los clientes que transitoriamente se seguían suministrando a tarifa (la TUR con recargo) al suministro a precio libre, debe sujetarse a las exigencias de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009. Acoger la tesis de ENDESA equivaldría a primar la mención genérica del artículo 110ter del Real Decreto 1955/2000 frente a la previsión específica contenida en la Disposición Adicional citada Orden, contradiciendo el criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) que debe necesariamente regir en el caso de conflictos entre normas como el que nos ocupa.

De hecho, carecería de sentido que las obligaciones para las empresas sean diferentes por el hecho de que en el proceso de cambio de estos clientes intervengan personas jurídicas diferentes o una misma persona jurídica. Es más, precisamente cuando el traspaso de clientes se produce en el seno de una misma empresa, el riesgo de falta de transparencia y de confusión para el cliente es todavía mayor, por lo que las cautelas del legislador tienen todavía más sentido.

Desde esta perspectiva, no existe, como alega ENDESA, una aplicación extensiva o analógica *in malam partem* de la previsión contenida en la citada Disposición Adicional, sino más bien una interpretación del texto literal de la ley atendiendo, conforme a lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil, a su espíritu y finalidad. Cualquier otra interpretación discriminaría de forma injustificada y en claro perjuicio a un determinado tipo de clientes.

Resulta incuestionable, además, que la Orden ITC/1659/2009 y, en particular su Disposición Adicional Primera, busca ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de los operadores. Se trata de una normativa que pretende avanzar en la liberalización del mercado y trazar el marco en el que se debe desenvolver el comportamiento de los agentes en el mismo, favoreciendo la competencia. En este sentido, en contra de la opinión de ENDESA, se trata de una norma jurídica que tiene por objeto la ordenación de la actividad concurrencial y cuyo incumplimiento puede dar lugar a un acto desleal en el sentido del art. 15.2 de la LCD.

En vista de todo ello, en la medida en que ENDESA no ha recabado el consentimiento expreso previsto en la Disposición Adicional Primera de la Orden

ITC/1659/2009 que era de aplicación al caso, se ha producido una violación de norma en el sentido del apartado 2 del artículo 15 de la LCD, que constituye un presupuesto para la aplicación del art. 3 LDC.

No cabe admitir, como pretende ENDESA, que la CNC carezca de competencia para declarar la concurrencia de este presupuesto. La declaración de una infracción del art. 3 no exige una declaración previa de infracción sectorial por otro órgano. Basta, de acuerdo con la doctrina, que se tipifique de desleal la conducta y sea susceptible de falsear la competencia y afectar al interés público.

Con todo, es la CNE la que ha llamado la atención sobre el perjuicio para la competencia que representa esta conducta. No olvidemos que este expediente parte de un Informe de la CNE en el que considera que el procedimiento seguido por ENDESA es irregular, lo que ratifica en el Informe preceptivo que envía, donde indica que no inicia expediente por incumplimiento normativo porque la DI ya está entendiendo de estas conductas.

De hecho, en su informe emitido de acuerdo a lo establecido en el artículo 17.2, letra d) de la LDC, la CNE, en referencia a las modificaciones contractuales de aplicación del suministro de los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato de suministro, que no supongan un cambio en la persona jurídica del comercializador, concluye que (énfasis añadido): *“dado el carácter sustancial de la modificación realizada por el CUR a las condiciones contractuales del consumidor, dado el derecho básico de todos los comercializadores de acceder a los puntos de suministro en igualdad de condiciones, objetivas, transparentes y no discriminatorias, y dada la necesidad de garantizar la protección del consumidor, el CUR debería haber requerido el consentimiento expreso de los consumidores traspasados a precio libre”* (folio 538).

En la medida en que el apartado 4 del artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000 no resulta de aplicación al caso que nos ocupa no es necesario entrar a cuestionar si realmente ENDESA ha recabado el consentimiento tácito de los clientes a los que mandó las cartas, puesto que resulta irrelevante a la hora de calificar la conducta. Dicho esto, el Consejo comparte los motivos por los que la DI argumenta que ENDESA no ha actuado de forma que pueda entenderse válidamente recabado el consentimiento tácito de los clientes. Baste el simple hecho de que la empresa reconoce no haber obtenido los acuses de recibo de los clientes para un cambio en las condiciones de suministro que, insistimos, sólo cabe calificar de sustancial, dado que afecta a una condición esencial del contrato, como es el precio. En ese sentido, la DI no está invirtiendo la carga de la prueba como ENDESA pretende. Sólo está argumentando que el medio empleado no es válido para recabar el consentimiento para la modificación del contrato, ni siquiera de forma tácita.

b) Falseamiento de la libre competencia

Los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad.

El Consejo coincide con la DI en que la conducta desarrollada por ENDESA tiene aptitud para falsear la competencia.

ENDESA, en su condición de CUR, recibió de forma automática los datos relativos a los clientes que le eran traspasados con anterioridad al 1 de julio de 2009. Entre ellos, los datos de aquellos consumidores sin derecho a TUR que transitoriamente debían ser suministrados por los CUR a una TUR penalizada. Estos datos fueron después usados para traspasar a los clientes, con un automatismo que la norma no contempla, a su cartera de clientes suministrados a precio libre.

Con ello, se ha evitado que los clientes hagan lo que el legislador pretendía: que, presionados por la penalización en la tarifa, buscaran en el mercado la oferta más conveniente para ellos de forma que se minorara la inercia del mercado y se favoreciera la competencia, dando a otros competidores la oportunidad de tener un acceso más fácil a esos clientes.

No debe perderse de vista que estamos ante un mercado donde, por un lado, una gran proporción de la demanda presenta una enorme inercia a suministrarse de la comercializadora verticalmente integrada con su suministrador. Por otro, como el crecimiento de nuevos puntos de suministro es limitado, la oportunidad de que los entrantes construyan su cartera de clientes proviene esencialmente de que tengan oportunidades de arrebatarse los clientes a los operadores tradicionales.

En este sentido, la “salida” al mercado de una masa significativa de clientes, como lo son estos clientes sin derecho a TUR, forzados por la implantación de la TUR penalizada, constituía una oportunidad para los terceros competidores. Incentivados por el mayor coste que se les obligaba a soportar, los consumidores habrían buscado más activamente alternativas de suministro. De esta forma, los competidores hubieran tenido una mayor oportunidad de captar clientes y de dinamizarse el mercado.

Sin embargo, la conducta de ENDESA dificultó, cuando menos transitoriamente, que ello sucediera, traspasando a los clientes a mercado libre dentro de su propia cartera, obstaculizando el cambio y la competencia en precios.

Así lo ha entendido también la CNE en su “*Informe para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador en el mercado libre*” de 30 de julio de 2010:

Iberdrola CUR y Endesa Energía XXI "recibieron" de manera automática (temporal) todos los clientes sin derecho a TUR de sus zonas de distribución, que a fecha 1 de julio de 2009 no habían firmado un contrato con un comercializador de su elección. Las condiciones de suministro a dichos clientes y las consecuencias de finalización del periodo transitorio están legalmente establecidas. Sin embargo, ambas empresas, en lugar de aplicar la normativa, decidieron pasar a estos consumidores, mediante un mecanismo de consentimiento tácito, a un contrato de suministro en condiciones libremente pactadas.

Asimismo, se observa que ambas empresas, presentaron sus acciones como dirigidas a minimizar el impacto económico del recargo previsto por la normativa para los clientes sin derecho a TUR que no hubieran elegido un suministrador. Sin embargo, ninguna de ellas transfirió la totalidad de dichos clientes, sino realizó un traspaso selectivo (de acuerdo con la información aportada por Iberdrola, Iberdrola CUR envió cartas a 430.000 de sus 489.800 clientes sin derecho a TUR a 30 de junio de 2009; Endesa Energía XXI también realizó una transferencia parcial, aún cuando no se conocen los detalles). Por lo tanto, se puede entender que las conductas respondían en realidad al objetivo de mantener en el grupo empresarial sólo los clientes que fueran más rentables y a los cuales se podía realizar una oferta atractiva, inferior al precio disuasorio".

Como ENDESA alega, la conducta no impide totalmente que terceras comercializadoras accedan a los clientes. Según esta empresa, sus competidores tuvieron tiempo para identificar a los clientes a través del SIPS, desarrollar otras formas de marketing y mejorar su oferta. Como ya se ha dicho, en el primer informe económico aportado por ENDESA se evidencia que su oferta de precios era menos ventajosa que la de terceros operadores (el descuento de ENDESA es reducido y a partir de la TUR penalizada) y que no consiguió retener a esos clientes: casi la mitad al cabo de menos de dos años se había ido a otras comercializadoras (HP 6).

A este respecto, en primer lugar, debe recordarse que para que se produzca un acto de competencia desleal que falsee la competencia en el mercado no es necesario que se produzca un cierre total del mismo. Basta con que las condiciones de competencia se vean sensiblemente alteradas.

En segundo lugar, es innegable que en este caso se ha producido una afectación de la competencia. El resto de comercializadoras se ha visto en desventaja para atraer a estos consumidores sin derecho a TUR a su cartera de clientes del mercado libre. Así se deduce del segundo informe aportado por ENDESA, que recoge una encuesta realizada a sus clientes en la que se observa que las terceras comercializadoras, para realizar oferta a estos clientes han tenido que recurrir fundamentalmente a visitas presenciales (folio 2779). Este sistema es, sin duda, mucho más costoso que la mera remisión de una carta que anuncia un traspaso automático de no mediar oposición.

Asimismo, tampoco resulta comparable el grado de información de que dispone ENDESA sobre estos clientes con el que pueden obtener los competidores. Como

la propia ENDESA manifiesta en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución refiriéndose a la modificación contractual efectuada (folio 2705): *“La propia CNE ha confirmado, en su informe de 14 de julio de 2011 evacuado en el seno del presente procedimiento (folios 609 y siguientes del expediente), esta circunstancia, al corroborar que la modificación contractual investigada no implica un cambio en las condiciones de acceso ni en los datos obrantes en el Sistema de Información de Puntos de Suministro (“SIPS”).* Es decir, ENDESA es capaz de modificar la situación contractual de los clientes suministrados a tarifa penalizada sin que a efectos del SIPS figurara este cambio ni los competidores pudieran conocerlo. Ello da una idea de que la información que ENDESA dispone sobre estos clientes a la hora de hacer ofertas no puede ser fácilmente replicada por los competidores.

Esta conducta de ENDESA es susceptible de generar barreras adicionales al cambio de suministrador. Especialmente si se asume la tesis de ENDESA de que los clientes dieron su consentimiento tácito y, por tanto, fueron conscientes de su paso al mercado libre. Un cliente que acaba de experimentar un cambio es menos dado a volver a cambiarse. La CNE llega a esta conclusión en su Informe de supervisión del mercado minorista de electricidad (julio 2009-junio 2010), en el que concluye que *“El porcentaje de consumidores que cambian más de una vez de comercializador es aún menor y no supera el 0,1% de los mismos, incluso evaluando el historial completo de los puntos de suministro.”* Recordemos además que estamos hablando del colectivo de clientes menos propenso a cambiarse.

A este respecto, hay varias posibles explicaciones que permiten conjugar esta evidencia que la CNE aporta con el hecho de que ENDESA cediera en favor de terceras comercializadoras tantos clientes sin derecho a TUR de los que traspasó a mercado libre. Por un lado y en contra de lo que sostiene ENDESA, que estos clientes realmente nunca fueron conscientes del primer cambio. Por otro, que las condiciones de precio a las que los traspasó fueran desventajosas. Ello es consistente con su afirmación de que su oferta en precios distaba de ser agresiva (un 2% de descuento sobre la TUR con recargo que, recordemos, era de un 5% adicional cada trimestre).

A este respecto, no se puede concluir que la pérdida de clientes sin derecho a TUR fuera especialmente intensa a raíz de cada remesa de cartas, como el segundo informe económico apunta. Primero, porque el informe no permite analizar si esta tendencia ya venía de antes. Segundo, porque ENDESA insiste en que el envío de cartas fue paulatino y en el informe se pretende que el efecto de la carta fue inmediato y el mismo mes que se mandó (folio 2769), cosa que no es posible si debía transcurrir al menos un mes. Tercero, porque al coincidir con la elevación de la TUR no es posible afirmar que la carta fuera la causa.

En definitiva, ENDESA migró a los clientes de forma poco transparente, sin recabar su consentimiento y aplicándoles unas condiciones nada ventajosas. Con ello evitó que salieran al mercado en aquel momento, dificultó su captación por el

resto de competidores y evitó que se dinamizara la competencia. Consiguió además cobrar a estos clientes, o al menos a parte de ellos temporalmente, un precio mayor del que hubieran pagado en ausencia de la práctica desleal. Es cierto que, probablemente por lo desventajoso de la oferta de ENDESA, buena parte de estos clientes se ha terminado yendo a otras comercializadoras. Pero nada menos que cerca de la mitad a finales de 2010 seguía en su cartera. Por otro lado, se desconoce cuántos de los clientes que ENDESA no retuvo fueron a la otra comercializadora del Grupo ENDESA.

ENDESA considera que el limitadísimo número de consumidores afectados por su conducta impide que cualquier potencial afectación a la competencia pueda considerarse sensible o significativa. Dice que no pueden entenderse afectados por la conducta a todos los receptores de la comunicación. Afirma que, en todo caso, sólo [...] puntos de suministro fueron objeto de modificación contractual y que, en ausencia de conducta, parte de estos clientes igualmente hubieran permanecido en ENDESA, luego el impacto es todavía menor.

Todo ello, dice ENDESA representa un porcentaje ínfimo de la demanda del mercado. Incluso si se considera a todos los que recibieron las cartas, es un porcentaje pequeño del mercado (1,1% de los consumidores del mercado de suministro de electricidad), por lo que debe considerarse que la conducta es de menor importancia. Argumenta que el contexto jurídico económico y su cuota de mercado no impiden la aplicación del criterio *de minimis* al caso porque no ha habido efectos sobre la competencia.

El Consejo no comparte la afirmación de que la potencial afectación a la competencia no pueda considerarse sensible o significativa, menos aún que la conducta pueda calificarse de menor importancia.

En primer lugar, por quién realiza la conducta y su posición en el mercado. En segundo lugar, por la naturaleza de la conducta, que atenta contra la apertura del mercado, contra la igualdad de condiciones de todos los operadores en el mismo y contra el principio de libre elección del consumidor. En tercer lugar, por su alcance. Este debe valorarse no respecto al total del mercado, sino de los consumidores sin derecho a TUR penalizados que podían salir al mercado libre, a los que los competidores hubieran debido poder optar. Del total de estos clientes ENDESA asumió un 41% y de ellos un 65% fueron destinatarios de las campañas desarrolladas por ENDESA.

En todo caso, incluso si se acepta el dato proporcionado por ENDESA de que la conducta afecta a un 1,1% del total de la demanda eléctrica, en ningún caso puede considerarse la conducta insignificante ni por su cuantía en términos absolutos (monetaria y en número de clientes) ni en términos relativos. Se trata de una masa de clientes del mercado de clientes domésticos y PYMES que el legislador ha querido tener en cuenta específicamente, donde los entrantes tienen más dificultades de acceso, máxime si tenemos en cuenta que sólo los CUR

pueden suministrar a los clientes TUR. En esos términos, la salida al mercado de una bolsa significativa de clientes tiene un alcance sensible y es susceptible de tener un impacto sensible sobre la competencia.

c) Afectación del interés público

El Consejo comparte los razonamientos de la DI en cuanto a que debe considerarse que la conducta afecta al interés público. Esta conclusión es coherente con lo ya señalado en la Resolución del Consejo de 24 de febrero de 2012 (S/0213/10 IBERDROLA SUR). Se trata de una conducta que afecta a la comercialización de un bien esencial. En particular, a los clientes más desinformados y con menor poder de negociación. Todo ello en un momento (2009-2010), en el que los poderes públicos trataban de fomentar la salida de estos clientes al mercado libre en condiciones transparentes y de manera que pudieran competir por ellos todos los comercializadores.

Respecto a la afirmación repetida por ENDESA a lo largo de sus alegaciones de que la modificación de las cláusulas favorecía al cliente, hay que decir que la regulación no sólo pretende la protección del consumidor individual (objetivo al que sirven cláusulas como el art. 110ter del RD 1955/2000). También pretende la protección del interés general plasmado en el funcionamiento competitivo del mercado, contra lo que la conducta de ENDESA en este caso atenta y al que coadyuvan en cambio preceptos como la Disposición Adicional Primera que ha resultado incumplida.

De hecho, difícilmente puede calificarse de beneficiosa para el consumidor una estrategia en la que:

- a) se le presenta la normativa como algo que le va a causar un perjuicio, sin explicar su verdadero propósito.
- b) Incluso se le deja entrever que la misma puede exponerle a un corte en el suministro de un bien esencial.
- c) Apoyándose en ello, se le formula una oferta de manera ciertamente confusa, sin dejar claras las condiciones económicas. De algunas de las cartas no se desprende si quiera cuál es el precio al que se va a producir el suministro. Sirva de ejemplo también de esta falta de transparencia y confusión la carta mandada a las administraciones públicas y la manera en que se redacta la rectificación (HP 4).
- d) No se sostiene tampoco la afirmación de que la conducta favorece al cliente cuando la propia ENDESA reconoce que ha traspasado a los clientes no TUR, sin su consentimiento expreso, a unos precios menos competitivos que aquellos a los que, según los informes presentados por Endesa, otros competidores hubieran podido ofrecerles en el mercado libre.

No olvidemos que, mientras los clientes se suministran a TUR con recargo, este recargo sobre la TUR va al sistema de liquidación de la actividad regulada (HP 2.5). La conducta de ENDESA no sólo ha supuesto que, los clientes traspasados en vez de obtener una oferta en condiciones de mercado (esa reducción de precios para la que los comercializadores tienen capacidad según ENDESA) han obtenido sólo una rebaja del 2% de la TUR penalizada. Además, supone que la diferencia sobre la TUR, en vez de revertir al sistema vía penalización, ha constituido un ingreso para ENDESA. La CNE advertía de este hecho en su informe antes citado:

“Además, se ocasiona un perjuicio al sistema, dado que con las actuaciones descritas, éste deja de percibir los ingresos obtenidos por los CUR sobre el precio de la TUR correspondientes al precio disuasorio que, de acuerdo con la regulación vigente, son considerados ingresos liquidables”.

Sin duda esta dimensión de la conducta también muestra claramente su impacto sobre el interés general, al afectar a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario.

Por último, ENDESA sostiene que con la conducta investigada, no ha pretendido más que hacer frente a un grave problema ocasionado por el legislador, con el ánimo fundamental de garantizar la seguridad en el suministro eléctrico.

Esta argumentación no resulta admisible. El responsable único de la seguridad en el suministro eléctrico es la administración competente que, por otra parte, viene ocupándose de ello sin que conste que en ningún momento el suministro haya corrido peligro.

Si ENDESA considera que la normativa no es conforme a derecho ni sirve al interés general, tiene en su mano las alternativas legalmente establecidas para recurrir la misma en sede jurisdiccional. Pero no resulta admisible que un operador trate con su conducta de pervertir el marco normativo y alterar los fines que éste pretende. De hecho, la propia argumentación de ENDESA supone un reconocimiento de su falta de respeto por el marco normativo vigente.

A la vista de lo razonado en el presente Fundamento de Derecho, el Consejo considera que Endesa es responsable de la conducta que la Dirección de Investigación le imputa. Esto es, que la conducta consistente en traspasar al mercado libre los clientes sin derecho a TUR, que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, sin recabar su consentimiento expreso constituye una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC. La conducta se habría iniciado en noviembre de 2009, con el envío de la primera remesa de cartas dirigida a clientes domésticos, y habría finalizado, como pronto, en octubre de 2010, con el envío de la última remesa, asimismo dirigida a consumidores domésticos.

De acuerdo con el artículo 62.3 c) de la LDC, la conducta llevada a cabo por ENDESA sería considerada una infracción grave.

CUARTO. Cálculo de la multa

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Defensa de la competencia, las infracciones graves podrán sancionarse con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

Para ello, han de tenerse en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC. El artículo 64 nos dice que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

La CNC toma en cuenta estos criterios para calcular la sanción a través de su Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Con estas Directrices que, con carácter general, orientan el cálculo de las sanciones, se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos.

A efectos del cálculo del volumen de ventas afectado el Consejo sigue en este caso los criterios y metodología empleados en el asunto S/0213/10 IBERDROLA SUR, que a su vez se inspira en el caso S/0184/09 GAS NATURAL. Es decir, se parte del volumen de clientes que fueron objeto de remisión de cartas y, teniendo en cuenta la tasa de fidelización del grupo (más del 91%), se minorra esta cifra en aquellos clientes que supuestamente hubieran elegido quedarse en ENDESA de todas formas según los datos históricos. Este es un cálculo muy conservador y favorable para Endesa puesto que, tal y como afirma la propia empresa, la tasa de fidelización de ENDESA ENERGÍA XXI ha sido muy inferior.

Siguiendo con la metodología aplicada en el asunto S/0213/10 *“Para calcular el volumen de ventas imputable a este número de clientes se ha utilizado el consumo medio mes a mes de los puntos de suministro sin derecho a la Tarifa de Último Recurso pero suministrados por Comercializadoras de Último Recurso, publicados en los Boletines de indicadores eléctricos y económicos de la CNE, como aproximación al consumo de los clientes mencionados. Respecto a la estimación de la potencia contratada se ha considerado que, teniendo en cuenta*

que en todos los casos es superior a 10KW, una media razonable sería 15KW en todos los meses de duración de la infracción, aunque probablemente el dato medio real sea más alto”.

En este caso, las tarifas con las que se realiza el cálculo son las tarifas que se aplican a los consumidores traspasados en la segunda y tercera remesa de las cartas por varias razones: (i) son las que se tienen en cuenta en el informe económico presentado por Endesa (las cita en un anexo) y (ii) se entiende que son las tarifas que realmente se aplicaron a todos los consumidores a partir de marzo, pues son las que se incluyen en las cartas en las que se confirma el cambio de suministro para los consumidores domésticos. ENDESA no aclara qué tarifas se aplicaron a los consumidores traspasados con anterioridad.

Para el cálculo del volumen de ventas afectado se ha tenido en cuenta el periodo de duración de la infracción imputado por la Dirección de Investigación.

Aplicando estos parámetros el volumen de ventas afectado por la infracción cometida por ENDESA sería de 109.500.661€. Dado que es una infracción grave, el Consejo considera proporcionado para el cálculo de la sanción un porcentaje del 5%, lo cual significa una sanción de 5.475.000 euros.

De esta sanción debe responder ENDESA ENERGÍA XXI S.L.

El Consejo considera que no procede tener en cuenta agravantes ni atenuantes. La DI considera que la principal circunstancia agravante de la conducta de ENDESA reside en el especial momento competencial en que se encuentra el mercado, al tratarse de un mercado recientemente liberalizado. No obstante, este hecho se tiene en cuenta al analizar el contexto jurídico económico que rodea la infracción y su impacto en el interés general, por lo que entiende el Consejo que no procede considerarlo además como un elemento agravante en sí mismo. En cuanto a los atenuantes que ENDESA apunta (falta de efecto, ausencia de perjuicio para los consumidores), se descarta que procedan por las mismas razones que se han esgrimido en el Fundamento de Derecho anterior. En cuanto al alcance de la conducta o su duración limitada, estos son elementos que se tienen en cuenta en el cálculo de la sanción, como se ha visto.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es autora la empresa ENDESA ENERGÍA XXI S.L.

SEGUNDO. Imponer a ENDESA ENERGÍA XXI S.L. como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 5.475.000 euros.

TERCERO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en Vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.