

**RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA****Expte. VS/0304/10, ENDESA****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

**Consejeros**D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera GonzálezD<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de octubre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0304/10, ENDESA, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de junio de 2012, recaída en el expediente S/0304/10, ENDESA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por Resolución de 11 de junio de 2012, en el expediente S/0304/10, ENDESA, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), resolvió:

**“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 SIGLO XXI S.L.

**SEGUNDO.** Imponer a ENDESA SIGLO 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”.

2. Con fecha 12 de junio fue notificada a ENDESA SIGLO XXI S.L. (ENDESA) dicha resolución, contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (recurso

- 340/2012) solicitando la suspensión cautelar de su ejecución. Mediante Auto de 19 de octubre de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la ejecución de la citada resolución, en la parte relativa a la imposición de la multa de 5.475.000 euros, suspensión que quedaba condicionada a la prestación por la recurrente de garantía por el importe indicado, condición que se dio por cumplida mediante providencia de 14 de enero de 2013.
3. Mediante Sentencia de 31 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por ENDESA, declarando conforme a derecho la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de junio de 2012. ENDESA interpuso recurso de casación contra dicha sentencia (recurso 198/2014).
  4. Con fecha 25 de octubre de 2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por ENDESA frente a la Sentencia de 31 de octubre de 2013 de la Audiencia Nacional, anulando la Resolución de 11 de junio de 2012.
  5. Con fecha 8 de noviembre de 2016, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) solicitó a la Audiencia Nacional el levantamiento de la garantía presentada por ENDESA.
  6. Con fecha 3 de septiembre de 2018, la Dirección de Competencia elevó su Informe Final de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de junio de 2012 recaída en el expediente S/0304/10, ENDESA, considerando que procede acordar la finalización del expediente de vigilancia VS/0304/10, ENDESA.
  7. Es interesado: ENDESA SIGLO XXI S.L.
  8. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 11 de octubre de 2018.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### **PRIMERO. - Habilitación competencial.**

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión*

*Nacional de la Competencia [actualmente CNMC] resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”, previa propuesta de la Dirección de Competencia.*

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **SEGUNDO. - Sobre la revisión jurisdiccional del expediente**

Como ya se ha recogido en los antecedentes, la resolución dictada por el Consejo de la CNC el 11 de junio de 2012 en el expediente S/0304/10, ENDESA, fue anulada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 25 de octubre de 2016.

La Audiencia Nacional inicialmente desestimó el recurso interpuesto por ENDESA contra a la citada resolución al considerar que la conducta sancionada por la entonces CNC constituía efectivamente una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

En línea con lo establecido en la resolución recurrida, la Audiencia Nacional consideró que la modificación por ENDESA de la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso de energía eléctrica (TUR)<sup>1</sup>, dentro de la propia sociedad y sin la obtención previa del consentimiento expreso de los mismos, suponía un acto de competencia desleal con aptitud para falsear la competencia que afectaba al interés público, en los siguientes términos:

- Un acto de competencia desleal definido en el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), es decir, una infracción de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

En particular, la Audiencia Nacional estimó que la actuación de ENDESA constituía una infracción de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009<sup>2</sup>, que exige el consentimiento expreso de los consumidores en los cambios de suministrador de electricidad, a pesar de que, en el supuesto analizado, en puridad, no se producía un cambio en la personalidad jurídica del comercializador.

En líneas generales, la Audiencia Nacional entendió que la referida disposición adicional primera trataba de evitar que los clientes fueran objeto de estrategias por parte de compañías eléctricas verticalmente integradas (como era el caso de ENDESA), tendentes a forzar su permanencia en el seno del grupo por falta de información, careciendo de sentido que las obligaciones para las empresas sean

---

<sup>1</sup> Esta modificación consistió en el traspaso al mercado libre de estos clientes, que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, sin que se hubiera recabado el consentimiento expreso de estos consumidores.

<sup>2</sup> 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.

diferentes “*por el hecho de que en el proceso de cambio de estos clientes intervengan personas jurídicas diferentes o una misma persona jurídica*”.

Asimismo, a juicio de la Audiencia Nacional, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 tenía por objeto regular una actividad concurrencial, puesto que se trataba de una normativa que pretendía avanzar en la liberalización del mercado y trazar el marco en el que se debía desenvolver el comportamiento de los agentes en el mismo, favoreciendo la concurrencia.

- Con aptitud para falsear la competencia. La Audiencia Nacional consideró que, como consecuencia de la conducta descrita, las condiciones de competencia se habían visto sensiblemente alteradas, sin que fuera necesario la apreciación de un cierre total del mercado.

Se estimaba que la actuación de ENDESA obstaculizó la posibilidad de los demás comercializadores de electricidad de competir por los referidos consumidores y a éstos de encontrar mejores alternativas de suministro.

- Con afectación al interés público, por ser el suministro eléctrico un servicio esencial o de primera necesidad, habiéndose desarrollado la conducta sancionada en pleno calendario de supresión del sistema tarifario integral y de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica.

Sin embargo, mediante Sentencia de 25 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por ENDESA (recurso 198/2014), al considerar que *“el reproche a la conducta realizada por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» en relación al cambio de régimen económico del suministro a precio libre de los clientes sin derecho a tarifa de último recurso (TUR), no tiene cabida en los preceptos aplicados, ni en la interpretación contextual auspiciada por el órgano de Defensa de la competencia en relación con el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia”*.

Además según el Tribunal Supremo, la dicción literal de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, al establecer como requisito imprescindible la conformidad expresa del cliente, es clara y no permite dudas interpretativas al respecto, pues se refiere exclusivamente a los casos en los que se produzca un cambio de personalidad jurídica del suministrador, elemento que no concurre en el supuesto analizado, habiendo asumido ENDESA, como comercializadora de último recurso, labores de suministro de electricidad en el mercado libre.

Partiendo de esta premisa, el Tribunal Supremo rechazó que, en el ámbito de una resolución administrativa de naturaleza sancionadora, pueda admitirse la interpretación extensiva y contextual, no circunscrita a sus términos literales, que, de la Orden ITC/1659/2009, hicieron la CNC y la Audiencia Nacional. De lo contrario, se estaría admitiendo una vulneración de los principios de seguridad jurídica y tipicidad de las sanciones administrativas (artículos 9.2 y 25.1 de la Constitución Española).

Todo ello, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo haya reconocido, asimismo, que las modificaciones contractuales operadas por ENDESA eran sustanciales para los clientes afectados y que el principio de transparencia hacía aconsejable requerir el consentimiento expreso de los afectados.

### **TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia**

En su Informe Final de Vigilancia elevado a esta Sala el pasado 3 de septiembre de 2018 la Dirección de Competencia propone que se acuerde la finalización de la vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC, de 11 de junio de 2012, objeto de la presente vigilancia, puesto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 ha estimado el recurso de casación interpuesto por ENDESA ENERGIA XXI, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2013 y ha anulado dicha resolución.

A la vista de los hechos y antecedentes recogidos en el cuerpo de la presente resolución, esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la DC en su Informe final de vigilancia respecto a la resolución de 11 de junio de 2012.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.** - Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 11 de junio de 2012 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente VS/0304/10, ENDESA.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la parte interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.