

RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0089/08 UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN)

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 20 de septiembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^{ña}. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0089/08 UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC contra Unión Fenosa Distribución S.A. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y artículo 102 del TFUE.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 27 de junio de 2008, tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de D.XXX, Presidente de FENIE, formulando denuncia contra Unión Fenosa, por supuesta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (folios 1-107). Según la denunciante, la práctica denunciada se circunscribe al *“hecho de que la Compañía Distribuidora de energía eléctrica pueda ejecutar instalaciones eléctricas aprovechándose de la posición dominante como suministrador de electricidad, impidiendo al resto de empresas de instalaciones eléctricas presentes en el mercado competir en una situación de mínima igualdad de condiciones”* (folio 4). A la vista de esta denuncia la Dirección de Investigación abrió una información reservada bajo la referencia S/0089/08.
2. Con fecha 30 de octubre de 2009, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2.a) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) oficio del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid informando de la recepción de una denuncia contra Unión Fenosa, presentada por la Asociación Profesional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Madrid (APIEM), por vulneración del artículo 2 de la LDC, consistente en un abuso de posición dominante en el mercado de instalaciones eléctricas, conexas al mercado de suministro de energía eléctrica, en el que la denunciada ostenta una posición de dominio como distribuidor en el territorio de la Comunidad de Madrid (folio 192).

3. El 11 de noviembre de 2009 la Dirección de Investigación solicitó al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid la remisión de la denuncia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 1/2002, por considerar competente a la CNC para conocer de la misma al tratarse de prácticas que UF llevaría a cabo a nivel nacional (folios 214-218).
4. Con fecha de 3 de diciembre de 2009 se recibió oficio del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, admitiendo la competencia de la CNC en el asunto y remitiendo el expediente que obraba en su poder, que dio lugar a la apertura de una información reservada bajo la referencia S/0205/09 (folio 224).
5. Con fecha 3 de diciembre de 2009, a la vista de la información obtenida, la Dirección de Investigación incoó expediente sancionador contra Unión Fenosa Distribución S.A. (UFD), quedando el expediente registrado con el número S/0089/08. Dado que el contenido de los hechos objeto del presente expediente sancionador guardaba íntima conexión con los de la información reservada S/0205/09, se acordó la acumulación de este último al presente expediente al amparo de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. El acuerdo de incoación fue notificado a las partes ese mismo día 3 de diciembre, dando traslado del escrito de denuncia (folios 351-369).
6. Tras diversos actos de instrucción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC el 6 de octubre de 2010 la Dirección de Investigación formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a las partes. A la vista de todo lo actuado, la Dirección de Investigación consideró que la conducta practicada por UFD entre los años 2001 y 2009, consistente en enviar presupuestos de realización de las instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor y en no proporcionar la información sobre las condiciones técnico-económicas requerida por la normativa en respuesta a las solicitudes de nuevo punto de suministro o modificación del existente que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor, supone un abuso de su posición de dominio en el mercado de redes de distribución que distorsiona gravemente la competencia en el mercado conexo de instalaciones de extensión, lo que constituye una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE.
7. Con fecha 6 de octubre de 2010 la Dirección de Investigación requirió a la Comisión Nacional de Energía (CNE) la emisión de informe sobre el expediente de referencia, en aplicación del art. 17.2, letra d), de la LDC (folios 2202-2203). En esa misma fecha se notificó a las partes la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento (folios 2206-2213). Dicho requerimiento de informe a la CNE fue reiterado con fecha 2 de diciembre de 2010 (folios 2359-2360).
8. Con fecha 13 de octubre de 2010 la Dirección de Investigación solicitó al Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC) la emisión de informe sobre el expediente de referencia, en aplicación del artículo 33.2 del RD 261/2008 (folio 2214). El informe del TGDC tuvo entrada en la CNC con fecha 3 de noviembre de 2011 (2288-2335). En dicho informe, el TGDC coincide con la valoración de la Dirección de Investigación respecto de la conducta de UFD manifestada en el PCH.

9. El día 3 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones de UFD al PCH (folios 2235-2287).
10. Con fecha 23 de diciembre de 2010, se recibió el informe de la CNE sobre el expediente de referencia, en aplicación del art. 17.2, letra d), de la LDC (folios 2361-2399). Con fecha 3 de enero de 2011 la Dirección de Investigación comunicó a las partes el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver (folios 2401-2408).
11. Conforme a lo previsto en el art. 33.1 del RDC (folio 2412), con fecha 17 de enero de 2010 se procedió al cierre de la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados en esa misma fecha (folios 2413-2420).
12. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 28 de enero de 2010 se notificó a las partes la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación (folios 2579-2687). La Dirección de Investigación propone que *“Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000 (16 de enero de 2001) hasta la entrada en vigor de la LDC (1 de septiembre de 2007); por el artículo 2 de la LDC, desde el 1 de septiembre de 2007 hasta el 25 de enero de 2010; así como por el artículo 102 del TFUE, consistentes en enviar presupuestos de realización de las instalaciones no reservadas al distribuidor y no proporcionar toda la información sobre las condiciones técnico-económicas requerida por la normativa en respuesta a las solicitudes de suministro a su red de distribución (nuevo punto de suministro o modificación del existente) que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor”*.
13. Con fecha 15 de febrero de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por UFD (folios 2688-2761), en el que se solicita la celebración de vista ante el Consejo de la CNC.
14. Con fecha 25 de febrero de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de APIEM por el que declara su conformidad con la Propuesta de Resolución (folio 2832).
15. El 25 de febrero de 2011, de acuerdo con el artículo 50.5 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 34.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, se eleva el Informe Propuesta al Consejo de la CNC junto con el expediente.
16. El 24 de mayo de 2011 tuvo entrada en al CNC escrito de UFD mediante el que aporta el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la conexión a redes de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia en vista del cual se ratifica en sus tesis y solicita el sobreseimiento del expediente.
17. Con fecha de 16 de junio de 2011 el Consejo dictó Acuerdo por el que resolvió informar a las partes de que, con fecha 8 de junio de 2011, se acordó la remisión a la Comisión Europea de la información prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículo 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 10 de junio de 2011. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 13 de julio de 2011, y con efectos desde el 11 de julio de 2011, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

18. El Consejo de la CNC deliberó y terminó de fallar esta Resolución el 19 de septiembre de 2011.

19. Son interesados:

- Asociación Profesional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Madrid (APIEM)
- Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE)
- Unión Fenosa Distribución, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. LAS PARTES

1.1 Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE)

FENIE es una federación que agrupa un total de 13.000 empresas legalmente habilitadas para el desarrollo de la actividad de instalaciones eléctricas en toda España (80% del total) y a la que pertenecen 47 asociaciones provinciales y autonómicas. Sus fines fundamentales según el artículo 6 de sus Estatutos son, entre otros, coordinar, informar y estudiar las condiciones técnicas, económicas, sociales y formativas de las empresas instaladoras, establecer y fomentar contactos entre las empresas y asociaciones y la representación y defensa de la profesión, de las asociaciones y del sector (folios 1-3).

1.2 Asociación Profesional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Madrid (APIEM)

APIEM es una asociación que representa al 90% de las empresas de instalaciones eléctricas y telecomunicaciones de Madrid. Los principales fines de esta Asociación son, entre otros, servir a los intereses generales de las empresas de instalaciones eléctricas y de telecomunicaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid; promover la innovación, calidad y desarrollo de las empresas asociadas en beneficio de toda la sociedad y contribuir al desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma de Madrid; y garantizar en todo momento el derecho que tienen los ciudadanos a contar con una instalación eléctrica y de telecomunicaciones idónea, eficaz y segura.

1.3 Unión Fenosa Distribución, S.A. (UFD)

Unión Fenosa Distribución, S.A. ha sido filial del Grupo Unión Fenosa y es hoy en día una empresa del Grupo Gas Natural Fenosa. Unión Fenosa Distribución, S.A. fue absorbida con fecha 31 de diciembre de 2010 por la sociedad Gas natural Distribución Eléctrica S.A. modificando su denominación por la de Unión Fenosa Distribución, S.A.

Unión Fenosa Distribución, S.A se encuentra dedicada a la distribución de energía eléctrica en las Comunidades Autónomas de Galicia, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Madrid, donde la compañía cuenta con una infraestructura de unos 49.831 kms. de red para dar servicio a una base de más de 5.500.000 clientes. Las líneas de negocio Grupo Gas Natural Fenosa comprenden

todas las actividades propias del sector eléctrico: Opera en los mercados liberalizados de generación y comercialización y en el mercado regulado de distribución de energía eléctrica.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. Marco general

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

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

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

Lo anterior se plasma en la configuración de la distribución como actividad regulada (art. 11 LSE), en la prohibición para las sociedades distribuidoras de desarrollar actividades no reguladas y en la independencia contable, legal y funcional de las sociedades distribuidoras de su matriz en caso de que ésta realice actividades no reguladas (arts. 14 y 20 LSE), en la regulación de la retribución a la actividad de distribución (art. 16 LSE) y de los peajes de acceso a las redes (art. 17 LSE) y en la prohibición de discriminación en el acceso de terceros a las redes (art. 42 LSE).

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

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

Las condiciones y procedimientos para la conexión de los consumidores a las redes de distribución se desarrollan en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se

regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones eléctricas. El régimen de conexión ha sido parcialmente modificado por el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica.

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

2.2.1. Instalaciones de extensión

Incluyen todas las infraestructuras eléctricas entre la red de distribución existente y el primer elemento propiedad del solicitante que es preciso realizar al solicitar un nuevo suministro o ampliar uno ya existente.

El RD 1955/2000 diferencia dos tipos de instalaciones de extensión en función de la potencia y la calificación urbana del suelo:

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

La anterior clasificación de los trabajos de conexión se ha modificado con el RD 222/2008 en lo relativo a las actividades de extensión. Así, los artículos 9 y 10 del citado RD distinguen entre dos tipos de instalaciones de extensión de la red de distribución:

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

- Las instalaciones de nueva extensión de red necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta 100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión, en suelo urbanizado que con carácter previo a la necesidad de suministro eléctrico cuente con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística, serán realizadas por la empresa distribuidora de la zona, dando lugar a la aplicación de los correspondientes derechos de extensión siempre que no estén incluidas dentro de un plan de inversión.
- Para el resto de instalaciones de nueva extensión necesarias para atender las solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, el coste será por cuenta de sus solicitantes, sin que proceda el cobro de derechos de extensión.

2.2.2. Operación de enganche

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

2.2.3. Otras operaciones reguladas

Existen otras operaciones necesarias para proceder al suministro de electricidad al solicitante cuya realización está reservada a la distribuidora y que, en su caso, pueden dar lugar al pago de derechos regulados. Entre estas actividades se encuentran el acceso, la conexión y la verificación de instalaciones. De acuerdo con el artículo 10 del RD 222/2008, los derechos regulados derivados de estos trabajos conforman junto con los derechos de extensión los derechos de acometida.

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

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

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

2.2.4. Obligaciones del distribuidor ante una solicitud de suministro

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

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

Los derechos de acometida, definidos en el artículo 44 del RD 1955/2000, incluyen los derechos de extensión (contraprestación económica a pagar por solicitante de un nuevo suministro, o de la ampliación de potencia de uno ya existente, por las instalaciones de nueva extensión de red que sean responsabilidad de la empresa distribuidora) y los derechos de acceso (cuyo abono procede, en todo caso, por la incorporación a la red del nuevo suministro).

En todo caso, los derechos de acometida son derechos regulados. El RD 1955/2000 establece en su art. 44.2 que “*los derechos de acometida serán únicos para todo el territorio nacional*”, mientras que el art. 10 del RD 222/2008, que modifica el anterior, determina que las cantidades a pagar por los derechos de acometida sean fijadas por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla dentro de un margen del +/- 5% de los derechos establecidos en la orden ministerial que fije el régimen económico de tales derechos.

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

3. HECHOS PROBADOS POR LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

La Dirección de Investigación considera probados los siguientes hechos que se recogen en el Pliego de Concreción de Hechos y aquí se transcriben:

29. *UF es una empresa que opera en el mercado de la distribución de energía eléctrica en Galicia en régimen de práctico monopolio (94% de cuota), así como en determinadas zonas de distribución en Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid. Como titular de la red de distribución eléctrica, UF ha de atender las peticiones de proporcionar a todo nuevo usuario que lo requiera el suministro de energía en las zonas donde se extiende su red, en los términos reglamentarios previstos, de acuerdo al artículo 41.1.i. del RD 1955/2000.*
30. *Los interesados en obtener un nuevo suministro de energía eléctrica o ampliar uno ya existente deben efectuar las peticiones a UF, disponiendo de tres vías para realizar dicha solicitud (folios 139, 310 y 676): vía telefónica, a través de Internet o presencialmente en las oficinas de UF. En todos los casos, se requieren los siguientes datos (folio 458-461):*

Datos generales:

- *Solicitante: Persona física o jurídica que solicita el suministro. No tiene por qué ser el que finalmente lo contrate. Nombre, dirección, teléfono, DNI.*
- *Dirección de la solicitud: Provincia, ayuntamiento, dirección, referencia catastral.*
- *Propietario: Nombre, dirección, DNI, teléfono.*
- *Pagador: Nombre, dirección, DNI, teléfono.*
- *Dirección de envío: Nombre, dirección, DNI, teléfono.*

Datos técnicos: Potencia, uso residencial, industrial, alumbrado, etc. Los datos varían en función del tipo de solicitud. Según UF, se trata de datos técnicos que contienen la información necesaria para la realización, por parte del gestor de la red de distribución de la zona, de los correspondientes estudios técnico-económicos relativos a la solicitud.

31. *Una vez recibida la solicitud, UF debe evaluarla y remitir en respuesta las condiciones técnico-económicas. A este respecto, se ha analizado la forma de actuar de UF en el periodo 2000-2009, cuyos rasgos principales se describen a continuación.*

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

32. *Tras recibir la solicitud, UF envía una comunicación al solicitante, sea éste el cliente final o un instalador electricista (folios 6, 140, 261, 339 y 678).*
33. *Del análisis de los documentos aportados por la denunciante (folios 169-187 y 306-308) se puede concluir que, en dicha comunicación, UF no remite las condiciones técnicas del suministro solicitado (en especial, el punto de suministro), pero sí un presupuesto para la ejecución de todos los trabajos de instalación que conlleva el suministro, incluyendo los trabajos de instalación no reservados a la distribuidora.*
34. *En este sentido, UF confirma que la remisión de un presupuesto en el que se incluye la totalidad de la obra a realizar (incluyendo la parte no reservada a la distribuidora) es su forma de proceder habitual, de acuerdo con su contestación al requerimiento de información de 7 de abril de 2009 (folios 134 y 142):*

“En el resto de casos (casos en que la ejecución de la instalación no es obligatoria para la distribuidora), se informa al solicitante de que la obra la debe ejecutar por sí mismo, designando para ello un instalador autorizado. Las condiciones técnico-económicas que se envían al solicitante incluyen la totalidad de los trabajos a realizar, según el análisis y valoración de UF.”

35. *UF sostiene que según su forma de proceder habitual, en su comunicación al solicitante le señala que debe manifestar expresamente su voluntad de realizar por su cuenta las obras (las que no están reservadas a la distribuidora) para que se elabore un nuevo presupuesto desglosado que sólo incorpore la parte de la obra que el cliente haya decidido sea ejecutada por UF. UF aporta un modelo de carta en este sentido (folios 450-451, 474-475 y 607-608).*
36. *El modelo de carta aportado por UF no coincide con el texto de las cartas reales remitidas por UF que obran en el expediente (folios 169-187, 306-308, 1684-1687, 1871-1872, 1882 y 1896-1898). En las mismas, al contrario de lo que indica UF, no sólo no existe ninguna advertencia de que parte de la instalación podía ser ejecutada por cualquier otro instalador autorizado, sino que el lenguaje empleado parece sugerir la obligatoriedad de*

realizar la obra con UF. En efecto, las 6 cartas adjuntas en el escrito de denuncia, así como las aportadas por la propia UF, incluyen el siguiente párrafo-tipo:

“Después de haber realizado el estudio técnico-económico correspondiente, le comunicamos que para poder atender su petición deberá abonar la cantidad de [cantidad correspondiente en cada caso] euros más el IVA en vigor en el momento del pago, aplicado sobre el presupuesto adjunto de acuerdo con el Real Decreto 1955/2000 de 1 de diciembre sobre Acometidas Eléctricas. El citado importe podrá hacerlo efectivo en cualquiera de nuestras oficinas comerciales” (folio 169).

37. *UF ha aportado también un modelo de carta en contestación a las solicitudes de suministro para las instalaciones de extensión reservadas a la distribuidora (folio 606). Este modelo sí coincide con las cartas reales enviadas a los solicitantes que obran en el expediente (folios 169-187, 306-308, 1684-1687, 1871-1872, 1882 y 1896-1898).*
38. *Esta Dirección de Investigación solicitó a UF con fecha 8 de abril de 2010 una copia de las 25 primeras solicitudes de suministro eléctrico de cada año entre 2000 y 2009, así como todas las comunicaciones posteriores. De acuerdo con la contestación proporcionada, UF no conserva copia de tales documentos (folio 455). Con fecha 1 de octubre de 2010, UF aportó un número reducido de estas comunicaciones (folios 1414-2063).*
39. *Finalmente, consta acreditado que sólo cuando el cliente comunica expresamente a UF su voluntad de ejecutar la obra por su cuenta, UF le remite el punto de suministro y el resto de información técnica necesaria (folios 451, 478, 504, 509, 568, 577, 582, 1683-1688, 1735-1736, 1780-1784 y 1807-1808).*

b) Grado de aceptación de los presupuestos de instalación remitidos por UF

40. *Entre los años 2004 y 2009, UF atendió 190.426 peticiones de suministro que incluían trabajos de conexión. De ellas, cerca de un [30-40]% conllevaba exclusivamente trabajos de conexión de ejecución reservada a la distribuidora. En todos los demás suministros, que incluyen trabajos de conexión no reservados a la distribuidora, UF envió presupuesto para la ejecución de la totalidad de las obras de conexión (las reservadas y las no reservadas), siendo las no reservadas aceptadas en un [50-60]% de los casos [70-80]% en 2009 (folios 451-454).*

AÑO	PETICIONES SUMINISTRO TRAMITADAS*		ENVÍO PRESUPUESTO	PRESUPUESTO ACEPTADO
2004	[...]	Ejecución Obligatoria [30-40]%	100%	n.a.
		Ejecución Solicitante [60-70]%		[...] [50-60]%
2005	[...]	Ejecución Obligatoria [30-40]%		n.a.
		Ejecución Solicitante [60-70]%		[...] [50-60]%
2006	[...]	Ejecución Obligatoria [40-50]%		n.a.
		Ejecución Solicitante [50-60]%		[...] [50-60]%
2007	[...]	Ejecución Obligatoria [40-50]%		n.a.
		Ejecución Solicitante [50-60]%		[...] [50-60]%
2008	[...]	Ejecución Obligatoria [30-40]%		n.a.
		Ejecución Solicitante [60-70]%		[...] [50-60]%
2009	[...]	Ejecución Obligatoria [30-40]%		n.a.
		Ejecución Solicitante [60-70]%		[...] [70-80]%

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

La Dirección de Investigación desglosa estos datos por Comunidades Autónomas en el apartado 132 de su Propuesta de Resolución:

(131) En la medida en que los efectos de la conducta de UF se concentran fundamentalmente en las zonas de distribución en que opera y en las zonas limítrofes, la cuota de mercado relevante es la referida a sus zonas de distribución. La siguiente tabla muestra las crecientes cuotas de UF desagregadas por año y en sus zonas de distribución en cada Comunidad Autónoma:

CUOTA DE MERCADO DE UF EN SU ZONA DE DISTRIBUCIÓN POR CC.AA.					
AÑO	Castilla-León	Castilla-La Mancha	Madrid	Galicia	Total
2004	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%
2005	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%
2006	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%
2007	[40-50]%	[50-60]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%
2008	[60-70]%	[60-70]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%
2009	[80-90]%	[80-90]%	[70-80]%	[60-70]%	[70-80]%

Fuente: UF

La Dirección de Investigación también pone de manifiesto en el apartado 132 de la Propuesta de Resolución que “*No obstante, el mercado de instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora tiene una dimensión nacional, siendo la cuota aproximada de UF en el mismo del 13%.*”. Aclara que esta cuota se ha obtenido por aproximación partiendo de los datos del MITyC sobre el número de puntos de suministro de cada distribuidora en el año 2008.

41. *La facturación de UF por la ejecución de instalaciones de extensión de la red de distribución no reservadas a la distribuidora en cada uno de los años considerados asciende a:*

AÑO	VOLUMEN DE NEGOCIOS (€)
	Con Obra Civil
2004	[...]
2005	[...]
2006	[...]
2007	[...]
2008	[...]
2009	[...]
Total	[...]

Fuente: UF

42. *UF no realiza directamente las obras de instalación, sino que las subcontrata a empresas instaladoras. Del mismo modo, UF subcontrata a diversas empresas la ejecución de las acometidas que tiene reservadas como distribuidora (a baremo). De hecho, carece de instaladores eléctricos en plantilla y la subcontratación abarca tanto las obras de ejecución de acometidas (tanto obligatorias como de ejecución por cuenta del solicitante, de extensión natural de la red y nueva extensión de red, etc.) como el desempeño de trabajos de operación y mantenimiento (folios 455, 628, 651-652). La Dirección de Investigación aclara que denomina “trabajos de operación y mantenimiento” a las “Obras de montaje e instalación de acometidas, nuevos suministros y ampliación de los ya existentes, revisión de las instalaciones de enlace, colocación o sustitución de los elementos de control de energía, modificaciones de la red, obras de desarrollo, puntos de telecontrol, trabajos en tensión en la red de Media Tensión, etc.”*

43. *Esta subcontratación se realiza directamente entre la empresa distribuidora y las empresas instaladoras, no existiendo contacto directo entre la empresa subcontratada y el*

cliente final hasta que se lleva a cabo la ejecución de la obra o servicio. Del mismo modo, entre las actividades objeto de subcontratación no existe ninguna que suponga labores de comercialización que requieran un contacto con el cliente. De hecho, la atención presencial al cliente de la distribuidora no se subcontrata y es realizada exclusivamente por personal propio de UF (gestores) (folios 697 y 727). De la lectura del contrato de ejecución de obras y prestación de servicios, así como de sus condiciones generales y específicas (folios 626-675), no se desprende la existencia de publicidad y otros signos externos de UF en los locales de los agentes subcontratados, lo que parece reafirmar la ausencia de contacto con el cliente o solicitante en el caso de nuevas solicitudes de suministro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Normativa aplicable

El objeto del presente expediente es determinar si UFD ha abusado de la posición de dominio que detenta en determinados mercados de redes de distribución al ofertar el servicio de extensión de las instalaciones no reservadas al distribuidor en el momento en que la Ley le obliga a suministrar la información técnica al cliente.

La conducta imputada se habría iniciado según la Dirección de Investigación estando vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007.

Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 6 y 2, respectivamente, el abuso de posición de dominio en los mismo términos. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la Ley 16/1989 para la empresa imputada, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta en cuanto a su calificación y sanción.

El Consejo comparte con la DI que la conducta imputada también puede infringir el art. 102 TFUE, por cuanto que se trata de conductas que tienen aptitud para afectar al comercio intracomunitario. Se trata de una práctica que obstaculiza las oportunidades de acceso a un mercado o a una parte sustancial del mismo (las regiones donde se ubica la red de UF) a toda aquella empresa instaladora de electricidad que, haciendo uso a las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios que existen en el ámbito de la UE. No debe perderse de vista que buena parte de las redes de UFD se sitúan en Galicia, por lo que resulta especialmente posible la participación de empresas de origen portugués en el mercado de instalaciones eléctricas.

SEGUNDO. Conductas imputadas por la DI

La Dirección de Investigación considera que UFD, valiéndose de su posición en el mercado de redes de distribución eléctrica, ha cometido un abuso en el mercado conexo de instalaciones eléctricas de extensión no reservadas al distribuidor, conducta que estaría prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989 (y el artículo 2 de la Ley 15/2007) y por el artículo 102 del TFUE.

La infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE requiere que se cumplan, de forma cumulativa, dos condiciones: que el infractor ostente una posición de dominio y que su comportamiento sea abusivo de dicha posición. Además, la posición de dominio no puede definirse en abstracto, sino en relación a un mercado relevante.

Siguiendo la RTDC de 14 de diciembre de 2006 (Expte 606/05 ASINEM/ENDESA), la Dirección de Investigación identifica dos mercados relevantes a considerar en este caso. De un lado, el mercado de redes de distribución ya acuñado en numerosos precedentes (entre otros RCNC de 2 de abril de 2009 en el Expte 642/08 Centrica/Unión Fenosa), que tiene un carácter marcadamente local/regional y que coincide con la extensión de la red de distribución. Como recuerda la Dirección de Investigación “...para el consumidor final, el suministro a través de una red de distribución no es sustituible por el suministro a través de otra red; por otra parte, la gestión de la red y las autorizaciones de distribución tienen carácter local o regional. Este carácter regional viene acentuado por las obligaciones que se derivan del artículo 40.2 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, que establece respecto a las instalaciones de distribución que “La autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso, se otorgará atendiendo tanto al carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la distribución eléctrica, como al criterio de menor coste posible, propio de toda actividad con retribución regulada, y evitando el perjuicio a los titulares de redes ya establecidas obligadas a atender los nuevos suministros que se soliciten.”

Las redes de distribución de electricidad de UFD se extienden por Galicia, donde controla aproximadamente, el 96% de la red de esta Comunidad, y por determinadas zonas de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid. Los consumidores conectados a la red de UFD no pueden conectarse a otra red (no existe posibilidad de sustitución) por lo que tales zonas constituyen en sí mismos mercados relevantes definidos en los que UFD ostenta una posición de dominio.

Por otro lado, como ya ocurriera en la RTDC de 14 de diciembre de 2006 antes citada, se identifica el mercado de instalaciones eléctricas, que comprende la realización de las obras necesarias (acometida, enganche, conexión, etc.) para la conexión de la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales.

Razona a este respecto la Dirección de Investigación que la normativa distingue entre las actividades de instalación que están reservadas a los distribuidores y las que no. En la ejecución de las instalaciones no reservadas al distribuidor, el demandante es el consumidor final de la electricidad, y el precio de estas tareas no está regulado. En las instalaciones reservadas al distribuidor, éste viene obligado a su realización y el precio a satisfacer por los usuarios a los distribuidores está regulado (derechos de extensión, derechos de enganche, etc.). Distingue por ello la Dirección de Investigación un mercado de instalaciones de extensión de red eléctrica no reservadas al distribuidor que es el relevante a los efectos de este caso.

En cuanto a su dimensión geográfica dice la Dirección de Investigación lo siguiente: “(55) En el mercado de instalaciones no reservadas al distribuidor, la oferta tiene un carácter marcadamente local, dado que, de acuerdo con los datos aportados por FENIE, los instaladores

prestan sus servicios en un radio de 90 kms (folio 1405). No obstante, FENIE indica que no es infrecuente que una empresa instaladora de una provincia realice instalaciones en otra (folios 167 y 1404) e incluso indica la existencia de diferenciales de precio intrazonas o provincias que favorecen esa movilidad (folio 1406), lo que apunta a una definición supraprovincial del mercado, ya que los instaladores pueden desplazarse en ocasiones a otras provincias, cercanas o limítrofes, para la prestación de los servicios. Otro factor que invita a pensar en un mercado de mayor tamaño geográfico es el hecho de que la habilitación de empresa instaladora sea nacional, aunque su expedición se lleve a cabo por las Comunidades Autónomas. En todo caso, lo anterior refleja la existencia de solapamientos entre los ámbitos de actuación de los instaladores que pueden dar lugar a efectos de sustitución en cadena bajo condiciones normales. De esta forma, el ámbito geográfico del mercado de instalaciones no reservadas al distribuidor podría definirse, a efectos del presente expediente, como nacional”.

Ambos mercados se consideran conexos por su estrecha relación. El suministro físico de electricidad que se lleva a cabo a través de las redes requiere de la realización de instalaciones de conexión, y es el distribuidor quien comunica por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnicas en las que deben realizarse las instalaciones de conexión que son por cuenta de éste.

La Dirección de Investigación no declara que exista una posición de dominio en el mercado de instalaciones eléctricas por parte de ningún operador, *“si bien la empresa distribuidora se encuentra en una situación de clara ventaja comercial y económica, al tener conocimiento de todas las solicitudes de suministro eléctrico en su red (y con ello de la necesidad/voluntad inminente de los consumidores de ejecutar una instalación de extensión)”*.

La normativa obliga al distribuidor, en el caso de obras de ejecución por cuenta del solicitante, a detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora y a facilitar los datos técnicos del punto de suministro al solicitante, a efectos de que éste pueda acudir a cualquier instalador que le satisfaga (art. 103.2.A del RD 1955/2000).

La Dirección de Investigación considera acreditado que UFD (i) no comunicaba la información suficiente para que el cliente pudiera acudir a otros instaladores en igualdad de condiciones y (ii) en sus respuestas a las peticiones de suministro, UFD incluía un presupuesto detallado del total de la obra, incluyendo la parte no reservada al distribuidor. Además, de forma poco rigurosa, UFD incluía su presupuesto bajo el título de “derechos de extensión” en la carta de contestación a los clientes, lo que podía inducir a error al solicitante, que bien podía considerar que el importe ofrecido para la ejecución de la instalación de extensión era también un importe regulado normativamente.

Por otro lado, según reflejan las cartas reales que obran en el expediente (las enviadas a los solicitantes de suministro), UFD no sólo no incorporaba en la contestación a las peticiones de suministro ninguna mención a la posibilidad de que los trabajos pudieran ser realizados por cualquier instalador eléctrico, sino que el lenguaje de las mismas inducía al cliente a pensar que no había alternativa a contratar las obras con UFD. Aunque UFD señala que sí indicaba la posibilidad de realizar parte de las obras con terceros, y aporta un modelo de carta, no aporta ninguna carta real que apoye que dicho modelo fue enviado alguna vez.

Esto supone que UFD usaba información, a la que tiene acceso privilegiado por su condición de distribuidor (la identidad de cada cliente que necesitaba una instalación y todos los detalles técnicos del punto de suministro), para ofertar la ejecución de los trabajos, información que no

era accesible a ningún otro instalador. Supone, también, que la oferta de UFD siempre era la primera que recibía el cliente y que UFD aprovechaba la remisión de una respuesta al cliente a la que estaba obligada por normativa (y por la que el sistema le retribuye) para realizar ofertas comerciales que van más allá de sus obligaciones como distribuidor.

Esto impide al resto de operadores presentes en el mercado de instalaciones poder competir con ella en situación de mínima igualdad de condiciones, ya que éstos ni disponen de la información de los requisitos técnicos de las instalaciones, ni ostentan una posición de referencia como suministrador dominante de electricidad en este mercado, ni llegan a conocer, en tal caso, la existencia de una solicitud de nuevo suministro para la que se requieren determinadas instalaciones no reservadas.

En opinión de la Dirección de Investigación, esta actuación constituye un abuso de posición de dominio prohibido por la normativa de competencia que se habría venido produciendo al menos desde el 16 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor del RD 1955/2000, hasta el 25 de enero de 2010, fecha en que UFD se comprometió a abandonar la práctica denunciada (folios 426-432).

TERCERO. Alegaciones de las partes

APIEM ha manifestado su conformidad con la Propuesta de Resolución.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, UFD reitera buena parte de los argumentos expresados en las alegaciones al PCH.

Primero, considera UFD que no se han respetado todas las garantías procesales que deben regir un procedimiento sancionador. En particular, la información reservada se ha extendido durante un periodo prolongado de tiempo –prácticamente año y medio- durante el que la empresa ha aportado información a la Dirección de Investigación en una situación de desconocimiento sobre las conductas que se le imputaban, siendo ahora estos meses considerados como parte del periodo de infracción. En este sentido, recuerda que aunque solicitó que se le diera traslado de la denuncia, la Dirección de Investigación no lo hizo hasta que se incoó el expediente. Considera UFD que se ha vulnerado su derecho de defensa de acuerdo con la doctrina constitucional y solicita que se declare la nulidad del procedimiento.

Segundo, según UFD los elementos de prueba en que se asienta la imputación carecen del rigor que requiere un expediente sancionador. En su opinión, la DI extrapola a un periodo temporal de ocho años la conducta que se deduce de unas comunicaciones aportadas por FENIE correspondientes al ejercicio 2006, ignora la evidencia en contra presentada por UFD y pretende revertir la carga de la prueba.

Tercero, alega UFD que la normativa no delimita claramente las actividades que corresponde realizar a las distribuidoras y aquéllas que puede llevar a cabo cualquier instalador autorizado. Recuerda que se ha dirigido al MITyC con fecha 1 de marzo de 2010 para plantear una consulta al respecto. Argumenta también que el informe de la CNE de 22 de diciembre de 2010 pone de manifiesto esta confusión. En particular dice que *“Del planteamiento de la CNE se deduce que (i) lo que la DI denomina “adecuación y refuerzos necesarios de la red existente tiene la consideración de instalación de extensión y (ii) que este tipo de tareas que no están reservadas a la distribuidora- debería realizarlas ésta. Ello viene a confirmar la tesis de mi representado en el sentido de que no existe claridad en la delimitación, dentro de la categoría de instalaciones*

no reservadas, entre las actuaciones que deben llevar a cabo la distribuidora y aquéllas que puede realizar, también cualquier instalador autorizado”.

Cuarto, UFD argumenta que la conducta que se le imputa no puede considerarse abusiva. Ello por dos motivos. En primer lugar, porque el envío del presupuesto de ejecución de las instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora no tiene carácter anticompetitivo. Considera que dicho envío es una consecuencia lógica de las obligaciones que le competen en virtud de la normativa sectorial. A este respecto dice que *“la obligación que deriva tanto del RD 1955/2000 como del RD 222/2008 de comunicar las condiciones técnico-económicas no se refiere únicamente a los derechos de acometida a liquidar, por lo que no puede entenderse que su conducta vaya “más allá” de lo que exige la normativa, como pretende esa DI...”*. A este respecto recuerda que, según la Disposición Adicional Decimocuarta del RD 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la producción de energía eléctrica en régimen especial, la distribuidora viene obligada en todo caso a facilitar al solicitante del punto de conexión *“una estimación completa y detallada de los costes derivados de la conexión, incluyendo en su caso el refuerzo y modificación de la red”*. Aunque UFD reconoce que dicho precepto se refiere a solicitudes de conexión realizadas por generadores cree que no es razonable que puedan diferir en uno y otro caso. Considera que la remisión que hace la CNE en su informe de 22 de diciembre de 2010 al Procedimiento de Operación Básico de las redes de distribución (POD) lo corrobora, porque en estos se reconocen que las condiciones técnico-económicas no se limitan como se pretende a los derechos de acometida a liquidar.

Considera también UFD que la conducta no tiene carácter anticompetitivo porque no va encaminada a lograr la exclusión de sus competidores. El envío del presupuesto en el momento de responder a la solicitud presentada responde a la racionalidad económica de una actividad que viene obligado a realizar, puesto que, por expreso deseo del legislador, la distribuidora está encargada de la ejecución de las instalaciones de extensión no reservadas en competencia. Considera que *“la abstención inicial de la distribuidora en beneficio de los instaladores autorizados no parece factible y, además, resultaría en la creación de un escenario de competencia artificial”*. Además, resulta útil al solicitante del suministro, puesto que le vale de término de comparación. En todo caso, se trata de una actividad que no resulta rentable y aporta ciertos datos al efecto. Recuerda que de acuerdo con los artículos 103.2 del RD 1955/2000 y 9.3 del RD 222/2008, no puede negarse a ejecutar ningún tipo de instalación y debe hacerlo sobre la base de criterios de operación al *“mínimo coste de las redes de distribución”*. Considera en cualquier caso que la conducta no sólo no pretende expulsar competidores, sino que no tiene aptitud para ello. La Dirección de Investigación no lo ha acreditado ni los datos de los expedientes de las solicitudes de suministro solicitadas en el marco del expediente lo corroboran.

En segundo lugar, la información facilitada por UFD en las comunicaciones en respuesta a una solicitud de suministro es suficiente para que el solicitante pueda encargar la realización de las obras a cualquier instalador autorizado como de hecho es habitual. Además, UFD siempre ha mostrado su disponibilidad para aclarar a los solicitantes las mismas.

Quinto, UFD manifiesta que las consideraciones realizadas sobre los mercados relevantes inducen a confusión sobre la posición de UFD así como sobre los efectos de su conducta. Las redes tienen un carácter marcadamente local, como también lo tiene el mercado conexo de instalaciones eléctricas, lo que implica que la conducta solo puede desplegar efectos respecto de los instaladores que se encuentran en áreas cercanas.

Sexto, UFD considera que no ha quedado acreditado que la conducta haya tenido efectos negativos sobre la competencia. El supuesto aumento de cuota que se le atribuye vendría dado por la caída de la actividad, porque por su condición debe asumir aquellas obras que no están dispuestos a realizar los instaladores autorizados. Sobre la subcontratación de sus obras y la posible ineficiencia que ello conlleva UFD dice que ello es fruto del marco normativo que encomienda a la distribuidora la responsabilidad de competir en un determinado mercado a diferencia de lo que ha ocurrido en otras actividades. Si lo que se pretende es que este tipo de instalaciones las lleven a cabo únicamente los instaladores, entonces debería instarse a una modificación legislativa.

Por último, considera que el análisis de los factores relevantes para el cálculo de la sanción que realiza la Dirección de Investigación es erróneo por varios motivos. Uno, por los que cita en su alegación quinta. Dos, porque no está acreditada la duración que se pretende otorgar a la infracción. Tres, porque no han quedado acreditados los efectos ni hay tal beneficio ilícito. Lejos de dar lugar a un cierre de mercado considera que su presencia es positiva para el mantenimiento de la actividad de los instaladores autorizados. Cuatro, cuestiona los agravantes esgrimidos por la Dirección de investigación en su Propuesta de Resolución, a saber, el hecho de que la infracción se haya desarrollado durante un largo periodo de tiempo pese a existir una resolución del TDC y Sentencia de la Audiencia Nacional rechazando la misma conducta. UFD considera que las conductas presentan diferencias porque en su caso no ha efectuado ningún tipo de discriminación.

Considera que, si no acepta la tesis de que las distribuidoras deben remitir las condiciones técnico-económicas en el momento de contestar a la solicitud de suministro, debiera haberse tenido en cuenta como atenuante al menos el hecho de que el planteamiento de la CNE suscita serias dudas al respecto.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución UFD solicitaba la celebración de vista.

En su escrito de 24 de mayo de 2011 aporta el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la conexión a redes de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia. UFD argumenta que ese proyecto normativo en tramitación confirma su tesis de que el envío del presupuesto de ejecución de las instalaciones de extensión que no le están reservadas no tiene naturaleza anticompetitiva, sino que es una consecuencia lógica de las obligaciones que le competen en virtud de la normativa sectorial.

CUARTO. Cuestiones previas

Procede resolver con carácter preliminar la alegación de indefensión que formula UFD.

Considera que la falta de traslado de la denuncia durante la información reservada y el hecho de haber proporcionado durante la misma información a la Dirección de Investigación sin conocer las conductas que se le imputaban vulnera su derecho de defensa. Además, esos meses que duró la información reservada se han considerado parte del periodo de infracción.

El artículo 49.2 de la LDC permite a la Dirección de Investigación iniciar una información reservada *“con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador”*.

El artículo 26 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) establece que *“cuando la Dirección de Investigación solicite información al denunciado, le notificará todos los elementos objetivos contenidos en la*

denuncia y relacionados con los hechos denunciados”. Es decir, ni la normativa vigente ni la doctrina y jurisprudencia existente al respecto obligan al traslado de la denuncia en información reservada como pretende la recurrente.

La Dirección de Investigación, al llevar a cabo el requerimiento de información de 7 de abril de 2009, comunicó a los denunciados lo siguiente:

“Con fecha 26 de junio de 2008 tuvo entrada en la CNC escrito de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (en adelante FENIE) en el que denuncia a Unión Fenosa Distribución S.A., por prácticas constitutivas de un abuso de posición de dominio.

En particular se denuncia que, en Cantabria, Galicia, zonas de Asturias y norte de Castilla y León, se aprovecha de los datos de que dispone en virtud de su posición dominante como distribuidor de electricidad para reservarse, ante una solicitud de suministro, la ejecución de la totalidad de los trabajos de instalación necesarios.”

Por tanto, el escrito remitido por esta Dirección recoge todos los elementos objetivos que debe conocer el denunciado para proceder a la contestación del requerimiento de información: identidad del denunciante, identidad del denunciado y concreción de las supuestas prácticas anticompetitivas así como aclaración de que dichas prácticas pudieran ser contrarias a la LDC. La descripción ofrecida por la Dirección de Investigación resulta, a juicio de este Consejo, suficiente para comprender la naturaleza de las prácticas investigadas, por lo que UFD ha podido responder a los requerimientos con pleno conocimiento de causa (STS de 26 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, Recurso nº 1907/2005, FD 5º). En este caso, además, a UFD no le es ajeno el precedente resuelto por el TDC y confirmado por la Audiencia Nacional de similar naturaleza (Expte 606/05 ASINEM/ENDESA), lo que facilita la comprensión de las prácticas analizadas.

Por otra parte, no se debe perder de vista que con la información reservada se pretende reunir y contrastar los elementos de hecho suficientes para aclarar si la incoación procede. En este caso así lo consideró la Dirección de Investigación, acertadamente en opinión de este Consejo (STS de 26 de diciembre de 2007, cit., FD 6º). El denunciado ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa durante este procedimiento que se ha tramitado con todas las garantías procesales y conforme a derecho. Si la infracción ha continuado durante el periodo de información reservada es lógico que forme parte de la imputación que se realiza a UFD, sin que en ello se aprecie indefensión alguna.

Por todo ello, el Consejo no puede atender la alegación de indefensión que formula UFD.

QUINTO. Conducta

La presente resolución valora si UFD, valiéndose de su posición en el mercado de redes de distribución eléctrica, ha cometido un abuso en el mercado conexo de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor, conducta que estaría prohibida por la LDC y por el artículo 102 del TFUE.

Según la jurisprudencia, el hecho de que una empresa esté en posición dominante no es ilegal en sí mismo y la empresa dominante tiene derecho a competir basándose en sus méritos. Sin embargo, la empresa en cuestión tiene la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada. El objetivo del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 102 del TFUE reside en que la actividad de control de la

Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor. En este sentido, se considera que la conducta es anticompetitiva cuando puede producir un "cierre anticompetitivo del mercado". La jurisprudencia entiende que ello se produce cuando el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, en detrimento de los consumidores (párrafo 19 de las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial nº C 045 de 24/02/2009).

Las redes de distribución de electricidad de UFD se extienden por Galicia y por determinadas zonas de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid y constituyen mercados relevantes en los que dicha empresa tiene posición de dominio. La definición de este tipo de mercados y la acreditación de la posición de dominio en los mismos por parte del operador de red es pacífica de acuerdo con la doctrina.

La conducta a su vez afecta al mercado de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor que ya fuera definido en la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, la cual es firme (STS de 10 de febrero de 2011). Por las razones que la Dirección de Investigación apunta en su Propuesta de Resolución, como son la habilitación para operar de carácter nacional, la ausencia de barreras de entrada entre zonas, la capacidad de desplazamiento de los operadores y los solapamientos entre sus ámbitos de actuación, este mercado tiene una dimensión suprarregional.

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

Cuando el cliente quiere dar de alta un nuevo suministro o ampliar la potencia de uno ya existente, necesita solicitarlo directamente o a través de representante al distribuidor de su zona. De esta forma, en su condición de distribuidor, UFD tiene una información privilegiada y no replicable sobre las ejecuciones de extensión de red que se solicitan (la identidad de cada cliente que necesita una instalación y todos los detalles técnicos del punto de suministro). De hecho, una vez recibida una solicitud de suministro, es dicho distribuidor quien está obligado a comunicar al solicitante las condiciones técnico-económicas de las obras de instalación necesarias para el alta del suministro de acuerdo con el art. 103.2.A del RD 1955/2000. La normativa obliga a que facilite los datos técnicos del punto de suministro al solicitante a efectos de que éste pueda acudir a cualquier instalador que ejecute la instalación no reservada, así como a detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora.

Ha quedado acreditado que, en sus respuestas a las peticiones de suministro, UFD en todos los casos incluía un presupuesto detallado del total de la obra, incluyendo la parte no reservada al distribuidor. Esta remisión del presupuesto va más allá de lo previsto en la normativa y le confiere la ventaja de ser el primero en ofrecer sus servicios al cliente y de hacerlo, además, sobre la base de una información de alto valor comercial de la que no dispone ningún otro instalador, al menos en ese momento. En definitiva, UFD aprovechaba la remisión de una respuesta al cliente a la que estaba obligada por normativa (y por la que el sistema le retribuye) para realizar ofertas comerciales que van más allá de sus obligaciones como distribuidor.

La información se ofrecía, además, de tal manera que podía inducir al cliente a pensar que el servicio ofrecido para la ejecución de la instalación de extensión era parte del importe regulado normativamente, induciendo el lenguaje y la presentación de las comunicaciones a pensar que no había alternativa a contratar las obras con UFD. De hecho, de acuerdo con lo que indica la Dirección de Investigación, UFD enviaba a los solicitantes de una instalación eléctrica no reservada a la distribuidora el modelo de carta que UFD dice mandar en los casos en que la ejecución está regulada.

Se considera también acreditado que las respuestas de UFD a las solicitudes de los clientes omitían la información sobre las condiciones técnico-económicas exigida por el artículo 103.2.A del RD 1955/2000 de tal forma que se dificulta que el cliente contratase la parte de la instalación no reservada al distribuidor con un instalador ajeno a UFD.

En definitiva, UFD habría aprovechado su posición en el mercado de la distribución para competir en el mercado conexo de las instalaciones no reservadas de manera privilegiada y colocando al resto de instaladores en una posición de desventaja.

UFD alega que los hechos que la Dirección de Investigación presenta no están debidamente acreditados. Pero lo cierto es que no niega lo que constituye la esencia de la conducta, que consiste en el hecho de remitir los presupuestos como respuesta a la solicitud. UFD, de hecho, dedica buena parte de sus alegaciones a exponer la legalidad de su conducta y a defender sus bondades. Subraya que ha realizado la remisión de presupuestos de forma generalizada y no discriminatoria. No puede por tanto aceptarse la alegación de que la conducta no está acreditada.

Similar consideración merece la alegación sobre la falta de claridad de la normativa acerca de cuáles son las instalaciones reservadas. Uno, la pretendida confusión no parece tal ni se deriva a juicio de este Consejo del informe de la CNE. Dos, de existir tal confusión, de acuerdo con la explicación que da la propia denunciada, se limitaría a un perímetro muy concreto de obras. Tres, ello en ningún caso justificaría el envío de presupuestos en respuesta a todas las solicitudes de extensión por cuenta del cliente no reservadas la distribuidora.

La conducta es abusiva porque es apta para distorsionar la competencia y afectar al bienestar de los consumidores. Con ella UFD logra objetivamente situar a los instaladores independientes en situación de desventaja para competir frente a ella. UFD emplea su información privilegiada para anticipar su presupuesto al del resto de competidores, situándose en una posición de ventaja competitiva que es difícil de compensar (*first movement advantage*). Incluso si la información que facilitase a los clientes fuera completa, cosa que además no sucede, los instaladores estarían en posición de desventaja.

Por otra parte, la forma en la que se facilita la información a los clientes lleva a que, al menos los menos informados, no perciban que pueden acudir a terceros instaladores o se vean

desincentivados a ello. UFD no señala cuáles son los trabajos que podrían realizarse por cuenta propia ni pone de manifiesto la información técnica necesaria para ello, salvo que el cliente expresamente solicite la ejecución de las acometidas de extensión por cuenta propia. Todo ello dificulta que los clientes pidan presupuestos a terceros instaladores y que estos puedan acceder al negocio.

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

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

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

UFD trata de ofrecer una justificación objetiva a su conducta. Considera que el envío del presupuesto como contestación a la solicitud de nuevo suministro o de aumento de potencia es una consecuencia lógica de las obligaciones que le competen en virtud de la normativa sectorial. A este respecto dice que *“la obligación que deriva tanto del RD 1955/2000 como del RD 222/2008 de comunicar las condiciones técnico-económicas no se refiere únicamente a los derechos de acometida a liquidar, por lo que no puede entenderse que su conducta vaya “más allá” de lo que exige la normativa”*. No es esto lo que han entendido ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo al analizar este tipo de conducta. Como ha reconocido expresamente la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de abril de 2008 citada (FD Sexto):

“Como subraya el Informe Propuesta del SDC (folio 426 del expediente), la clave del asunto (sic) está en determinar cuáles son las condiciones técnico económicas que la empresa distribuidora tiene que comunicar a los clientes por imposición del artículo 103.2.A del RD 1995/2000, y la respuesta se encuentra en el mismo precepto, que aclara que las empresas distribuidoras facilitarán por escrito “...la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar...”. Como observa el SDC, la obligación de la distribuidora consiste en comunicar los derechos de acometida correspondientes a la extensión, a cuya percepción está autorizada legalmente, así como las condiciones técnicas que debe reunir la instalación, pero lo que no recoge la norma reglamentaria citada es que la distribuidora tenga la facultad para ofertar la ejecución por sí misma de los trabajos a realizar desde el punto de conexión hasta el punto de suministro, entrando así en el ámbito de actuación de los instaladores electricistas”.

También argumenta UFD que el envío del presupuesto en el momento de responder a la solicitud presentada responde a la racionalidad económica de una actividad que viene obligado a realizar, puesto que, por expreso deseo del legislador de acuerdo con los artículos 103.2 del RD 1955/2000 y 9.3 del RD 222/2008, no puede negarse a ejecutar ningún tipo de instalación. Sin

embargo, entiende este Consejo que de dicha obligación no se deriva que tenga que enviar un presupuesto a todos los clientes aprovechando su posición privilegiada como distribuidor. Lo que el legislador precisamente ha querido, al menos hasta el momento actual, es que exista competencia en la ejecución de las instalaciones no reservadas. De lo contrario se hubiera previsto normativamente que todas las instalaciones fueran reservadas o, explícitamente, que el distribuidor tuviera que mandar un presupuesto con la contestación a la solicitud, cosa que, como ya hemos argumentado, la normativa no dice.

Entiende este Consejo que esta interpretación es acorde con la realizada por el Tribunal Supremo sobre estos preceptos en su Sentencia de 10 de febrero de 2011 cuando dice (FD Octavo):

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

A este respecto, a la hora de calificar esta conducta se debe tener en cuenta el marco normativo vigente en el momento de su comisión. El hecho de que en la actualidad se esté tramitando, como alega UFD un proyecto normativo que puede llegar a alterar este marco caso de ser objeto de aprobación no afecta a la calificación jurídica que merece la conducta durante el periodo analizado.

UFD quiere interpretar la posición de la Dirección de Investigación como una prohibición a presentar presupuestos. No se trata de tal cosa. Nada impide que, como debe suceder en el caso de cualquier otro instalador, UFD presente el presupuesto cuando el cliente se lo solicite a la vista de las condiciones técnico-económicas que, en su calidad de distribuidora, UFD le remite en respuesta a su solicitud. Por cierto, con ello también sería posible la comparación de presupuestos que UFD argumenta como eficiencia de su conducta. En efecto, UFD sostiene que la práctica que viene desarrollando ofrece a los clientes la ventaja de disponer de un presupuesto que les sirva de término de comparación. Sin embargo, la ventaja de contar con un presupuesto que sirva de término de referencia resulta proporcionada en orden a justificar la distorsión de la competencia que supone la conducta de UFD. El cliente debe ser libre de pedir todos los presupuestos que quiera y para preservar esta libertad es necesario que la información que le ofrezca su distribuidor –en cumplimiento de una obligación legal- deje claro qué parte de la instalación no está reservada y sus características técnicas. Si una vez recibida la información el cliente decide solicitar un presupuesto al distribuidor y, tras compararlo con otros, resuelve contratar con él, debe ser una decisión que tome libremente. Es esta libertad de elección la que la conducta de UFD ha venido impidiendo o, al menos dificultando en perjuicio del cliente y de la competencia en el mercado de instalaciones no reservado.

Por otro lado, la remisión del presupuesto por parte de UFD como respuesta a la solicitud de suministro conlleva ciertos riesgos adicionales para la competencia en las condiciones en que se ha venido produciendo. Dada su posición y la relación que mantiene con los instaladores, los términos presupuestarios que marque UFD pueden servir de referencia en el mercado y tender a una alineación de condiciones que debilite la competencia en precios. Como antes se ha

argumentado, dado que UFD finalmente subcontrata la obra al instalador, éste puede no tener incentivo a ofertar un menor precio, bien sea porque tema perder negocio o porque un nivel de precios más alto pueda repercutir en una mayor remuneración como subcontratista. En este sentido, el Consejo está de acuerdo con que la obtención de cuota por UFD para luego subcontratar la obra, puede contribuir a elevar los costes en detrimento de la eficiencia y del bienestar de los consumidores.

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

El Consejo ha tenido en cuenta la solicitud de vista realizada por UFD en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución. La celebración de vista es una facultad del Consejo que podrá ejercer cuando la considere adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente, lo que no ha sucedido en este caso (art.19.1 del RDC).

SEXTO. Cálculo de la sanción

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

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

La conducta debe ser tipificada como infracción muy grave, puesto que se trata de un abuso de posición de dominio practicado desde una situación de monopolio legal que detenta UFD en determinados mercados zonales de distribución. Como se ha argumentado en el FD Quinto, la conducta distorsiona la competencia en el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas, si bien su alcance se centra fundamentalmente en aquellas zonas donde se despliega la red de UFD, como se ha recogido en los Hechos Probados.

La conducta se ha extendido durante un periodo muy prolongado de tiempo: desde 2001 hasta comienzos del ejercicio 2010 cuando, tras incoarse el expediente sancionador, UFD anunció a la DI la cesación de la conducta.

Al remontarse hacia atrás en el tiempo tantos años la infracción es difícil establecer un contrafactual que nos ayude a cuantificar los efectos. Es decir, no se dispone de un escenario donde puede observarse el funcionamiento del mercado de las instalaciones eléctricas no reservadas sin distorsión de la competencia para comparar ambas situaciones y determinar qué

porcentaje de la cuota de UFD se debe a esta práctica y cuál sería el nivel de precios en el caso de no existir distorsión de la competencia.

No obstante, todo indica que la conducta ha desplegado sus efectos. Como se dice en el párrafo 40 de los Hechos Probados por la Dirección de Investigación (recogido en el apartado 3 de los HP de esta Resolución), entre los años 2004 y 2009 UF atendió 190.426 peticiones de suministro que incluían trabajos de conexión. De ellas, más de un 60% incluía trabajos de conexión no reservados a la distribuidora. UFD envió presupuesto para la ejecución de la totalidad de las obras de conexión, siendo las no reservadas aceptadas entre el [50-60]% de los casos a lo largo del periodo. Este porcentaje se eleva hasta el [70-80]% en 2009.

UFD argumenta que este incremento del porcentaje de presupuestos aceptados vendría dado por la caída de la actividad, porque por su condición debe asumir aquellas obras que no están dispuestos a realizar los instaladores autorizados. El Consejo no considera que este argumento haya sido suficientemente fundamentado, puesto que la caída del negocio también debería llevar a los instaladores autorizados a estar dispuestos a competir por las obras, incluso con un menor presupuesto y en peores condiciones.

En todo caso el porcentaje de instalaciones no reservadas conseguidas por UFD es muy elevado, incluso si no considera el incremento de final del periodo, situándose en más de la mitad del mercado en términos de presupuesto aceptado. Ciertamente la conducta no ha supuesto la expulsión de los instaladores del mercado. Pero, como ya se ha mencionado en el FD anterior, el debilitamiento de la competencia derivado de esta conducta a lo largo del periodo ha podido llevar a que los clientes hayan contratado las instalaciones a un coste más elevado.

En vista de todo ello, la sanción debe calcularse a partir del volumen de negocios que ha realizado UFD en el mercado de instalaciones no reservadas durante todo el periodo de infracción y que se recoge en el párrafo 41 de los Hechos Probados por la Dirección de Investigación (recogido en el apartado 3 de los HP de esta Resolución). La Dirección de Investigación solicitó esta información desde el año 2000, no obstante UFD alega que a finales de 2004 entró en funcionamiento el Sistema “Provisiones de Servicio”, no siendo posible aportar la información requerida para el periodo anterior a 2004. En vista de ello, a efectos del cálculo de la sanción se ha decidido extrapolar el volumen de negocios del ejercicio de 2004 a los tres ejercicios precedentes.

El conjunto de circunstancias o criterios relevantes ex art. 10 de la Ley 16/1989 conducen al Consejo a tomar como base de cálculo de la multa el 5% del volumen de ventas de UFD en el mercado de instalaciones no reservadas, ponderando el periodo de tiempo de infracción. Ello se traduce en una multa base de 1.938.000€

La Dirección de Investigación estima que la larga duración de la infracción, habiéndose dictado, además, resolución del extinto TDC y sentencia de la Audiencia Nacional rechazando la misma conducta infractora por parte de otro operador, sin que se hayan producido cambios en la forma de actuar de UFD, debe tenerse en cuenta como agravante. También considera que el modo en que UFD comunicaba a los clientes su presupuesto, haciendo referencia a la normativa y asimilándolo a los derechos de extensión, podría haber inducido a mayor error a los consumidores.

El Consejo considera que no procede aplicar los agravantes propuestos por la Dirección de Investigación. El contenido de las comunicaciones es un elemento que este Consejo ha tenido en

cuenta a la hora de calificar la conducta y que forma parte de la infracción declarada. La extensión en el tiempo de la infracción es un elemento intrínseco del importe básico de la sanción calculada y no cabe calificarlo de agravante. Por último, la norma si considera la reiteración como agravante, pero no cabe su aplicación cuando el que reincide no es el mismo operador económico. En todo caso, la existencia de tal precedente hace más evidente la existencia de negligencia o dolo en la comisión de la infracción.

No procede aplicar como atenuante la cesación de la infracción en este caso, puesto que la misma se produjo una vez incoado el expediente sancionador. Tampoco procede atender a la petición de UFD de que se tenga en cuenta la falta de claridad del marco normativo como atenuante puesto que, tal y como se ha argumentado en el Fundamento de Derecho precedente, no se aprecia incertidumbre normativa que justifique la conducta.

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

HA RESUELTO

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

SEGUNDO. Imponer por ello a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. una sanción por importe de 1.938.000€

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



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