

RESOLUCION

(Expediente SNC/0018/11 ENDESA)

CONSEJO

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

En Madrid, a 26 de abril de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente Sancionador SNC/0018/11 propuesto e instruido por la Dirección de Investigación contra ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA SLU, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, por un presunto incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, dictada en el expediente sancionador 606/05, ASINEM-ENDESA, lo que supone una infracción del artículo 62. 4 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 14 de diciembre de 2006 el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, dictó Resolución en el Expediente 606/05 ASINEM/ENDESA.

De acuerdo con la citada Resolución Endesa abusó de su posición de dominio al ofertar al cliente, junto con la información técnica que la Ley le obliga a suministrar en su calidad de distribuidor, el servicio de instalación eléctrica de extensión de las instalaciones que puede llevarse a cabo por instaladores electricistas. Se trataba de una conducta que sólo Endesa podía llevar a cabo, dada su posición que se deriva de su condición de distribuidor monopolista. Endesa aprovecha esa posición y la información privilegiada de que dispone para ofertar dichos servicios a sus clientes, estrategia comercial que el resto de instaladores eléctricos no pueden replicar. Endesa no hacía estas ofertas a cualquier cliente sino, en particular, a aquellos comercialmente más rentables.

En vista de ello, el extinto TDC dictó resolución en la que sanciona a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA SLU por una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, consistente en un abuso de posición dominio en el mercado conexo de la instalación, partiendo de su posición de dominio como distribuidor en la Isla de Mallorca:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una conducta prohibida por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, por parte de ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., consistente en un abuso de posición dominante en el mercado conexo de la instalación, partiendo de su posición de dominio como distribuidor único en la Isla de Mallorca.

SEGUNDO.- Imponer, por ello, a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., una multa de EUROS NOVECIENTOS MIL (€ 900.000).

TERCERO.- Intimar a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas.[..]"

2. La Resolución de 14 de diciembre de 2006 fue confirmada en primera instancia mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2008 y en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011.
3. En el marco del expediente de vigilancia VS/606 ASINEM/ENDESA, iniciado por la DI en el ejercicio de las funciones de vigilancia que le encomienda el artículo 35.2 c) LDC, el 3 de febrero de 2010 tuvo entrada escrito de la Asociación de Empresarios de Instaladores Electricistas de Mallorca (ASINEM) denunciando el incumplimiento de la referida Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006.
4. Ejerciendo las funciones de vigilancia que tiene encomendadas y teniendo además en cuenta los hechos puestos de manifiesto por ASINEM, con fecha 5 de noviembre de 2010 y 22 de enero de 2011, la DI recabó la información pertinente a los efectos de determinar el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en la parte dispositiva de la Resolución de referencia.
5. El 6 de junio de 2011, previa audiencia de las partes, la DI elevó el correspondiente Informe de Vigilancia al Consejo de la CNC. Con fecha de 6 de septiembre de 2011, el Consejo de la CNC dictó Resolución en el expediente de vigilancia VS/606 ASINEM/ENDESA, interesando a la DI la incoación de expediente sancionador contra ENDESA por posible incumplimiento del resuelve Tercero de la precitada Resolución dictada por el TDC el 14 de diciembre de 2006.
6. El 3 de noviembre de 2011 la DI dictó Acuerdo por el que, en cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 6 de septiembre de 2011 y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC, se incoa expediente sancionador contra ENDESA por el posible incumplimiento del resuelve Tercero de la

Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006. El Acuerdo fue notificado a ENDESA el día 7 de noviembre de 2011 otorgándole un plazo de quince días de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993 para que formulara las alegaciones y, en su caso, propusiera las pruebas que tuviera por convenientes.

7. Con fecha 17 de noviembre de 2011, ENDESA interpuso recurso contra el Acuerdo de la DI de 3 de noviembre de 2011. Dicho recurso fue inadmitido mediante resolución del Consejo de fecha 30 de diciembre de 2011 (Expte R/0088/11 ENDESA).
8. Con fecha 25 de noviembre de 2011 ENDESA presentó escrito de alegaciones a la incoación de expediente sancionador, en el que se solicita del Consejo se proceda al archivo del expediente. La anterior petición se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:
 - Ampliación arbitraria de la conducta identificada en la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, en el expediente incoado por la DI.
 - La conducta investigada en el expediente de vigilancia no puede ser objeto de sanción en la medida que no es típica, dado que no se encuentra dentro del tenor literal del artículo 64.2 c) de la Ley 15/2007, ni de ninguno de los tipos sancionadores establecidos en la Ley 15/2007.
 - La imposición de una sanción en relación con la conducta investigada supondría, en su caso, una aplicación retroactiva contraria a derecho de una disposición sancionadora.
 - El acuerdo de incoación trae causa en un procedimiento de vigilancia que ha incurrido en caducidad.
 - Subsidiariamente, ENDESA ha cumplido los términos de la orden de cesación incluida en el apartado tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 14 de diciembre de 2006.
9. Con fecha 11 de enero de 2012, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, la DI notificó a las partes la propuesta de resolución en los términos que se recogen a continuación, dándoles un plazo de 15 días para alegaciones:

Primero. *Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare que ENDESA ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006, dictada en el expediente sancionador 606/05, ASINEM-ENDESA lo que supone una infracción del artículo 62.4 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

Segundo. *Que se declare responsable de dicha infracción a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA SLU.*

Tercero. *Que se imponga a ENDESA DISTRIBUCIÓN SLU, la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*

10. Con fecha 27 de enero de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de ENDESA a la referida propuesta de Resolución.
11. Con fecha 2 de febrero de 2012 la DI elevó al Consejo el expediente junto con su Propuesta de Resolución en términos idénticos a los recogidos en el AH 9.
12. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en la sesión celebrada el día 18 de abril de 2012.
13. Son partes interesadas ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U (ENDESA)

HECHOS PROBADOS

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

ENDESA es una empresa del Grupo Endesa participada al 100% por la sociedad Endesa Red, S.A. Su objeto social es el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica. En 2008 su cifra de negocio ascendió a 2.356 millones de euros. ENDESA gestiona la red de distribución de energía eléctrica en Andalucía, Cataluña, Baleares, Aragón, Canarias y Extremadura, resultado de la estrategia de expansión emprendida por Endesa a principios de los años 90 con la absorción y adquisición de UNELCO (Canarias), FECSA (Cataluña), Sevillana de Electricidad en Andalucía y Extremadura y GESA en las Islas Baleares.

2. La posición de ENDESA en el mercado de distribución eléctrica no ha variado desde la época en que se instruyó y resolvió el expediente 606/05. Mantiene un monopolio sobre las redes de distribución en ciertos territorios, determinada por la propia regulación del sector eléctrico. En particular en la Isla de Mallorca.
3. 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. 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. La DI se refiere a ellas como instalaciones de red baremadas o reservadas por normativa.
 - 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. La DI se refiere a ellas como instalaciones “no reservadas por normativa”. Como sucedía cuando el extinto TDC dictó Resolución, la normativa vigente durante el periodo de análisis de esta vigilancia obliga a la distribuidora en el caso de obras de ejecución por cuenta del solicitante a facilitar los datos técnicos del punto del suministro al solicitante, a efectos de que éste pueda acudir a cualquier instalador que le satisfaga, y a detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora.
4. 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.

El art. 9 del RD 222/2008 se refiere también a las condiciones técnico-económicas al señalar que:

“3. En todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red, las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros serán determinadas por el Gestor de la Red de distribución, que deberá tener

en cuenta criterios de desarrollo y de operación al mínimo coste de las redes de distribución garantizando la calidad de suministro. El solicitante del nuevo suministro tendrá derecho a que la empresa suministradora le justifique las causas de elección del punto y de la tensión de conexión (...)

Además, indica en su tercer apartado que, en el caso de instalaciones de extensión de ejecución por cuenta del solicitante, el coste será por cuenta del solicitante, en base a las condiciones técnicas y económicas, sin que proceda el cobro de derechos de extensión.

5. Ha quedado acreditado que ENDESA, ante solicitudes de instalaciones de extensión de red no reservadas, continúa respondiendo en determinados casos mediante la remisión de un presupuesto que atañe a la realización de trabajos de instalaciones, que siempre son a costa del cliente y que pueden ser llevados a cabo por terceros instaladores electricistas. De acuerdo con los datos aportados por ENDESA, el presupuesto por la totalidad de la instalación de extensión se envía selectivamente en contestación a determinadas solicitudes, (según la propia ENDESA, las de mayor *“importancia de los trabajos que sea preciso realizar para atender el nuevo suministro solicitado, teniendo siempre en cuenta el crecimiento ordenado de la red”*). En particular, la proporción de casos en que se envía presupuesto completo crece a medida que crece la potencia solicitada y, con ello, el precio de la instalación de extensión a ejecutar.
6. A diferencia de lo que sucedía en los hechos descritos en la resolución objeto de esta vigilancia, los presupuestos de ejecución enviados por Endesa relacionados con las acometidas o instalaciones de extensión de ejecución obligatoria por el cliente contienen la mención expresa de que dichas instalaciones pueden llevarse a cabo a través de cualquier empresa autorizada, a elección del cliente.
7. No obstante, como ocurría con los presupuestos examinados en la resolución de 14 de diciembre de 2006, ENDESA sigue sin desglosar las cantidades correspondientes a los trabajos de ejecución obligatoria por la distribuidora en los escritos de respuestas a las solicitudes de suministro. En los presupuestos ahora examinados se aprecia que en aquellas solicitudes de suministro eléctrico en las que ENDESA ha presupuestado la parte de trabajos de extensión a cargo del cliente, y salvo escasas excepciones, no se desglosan y determinan de forma específica las cantidades correspondientes a aquellos trabajos de acometida necesaria y obligatoria por ENDESA. Ello supone que si el cliente decide que la ejecución la lleve a cabo un instalador electricista independiente a la distribuidora, tenga que dirigirse nuevamente a ENDESA, manifestar expresamente su voluntad de realizar las obras por su cuenta y solicitar un nuevo presupuesto desglosado, que incorpore sólo la parte de la obra que ENDESA se reserva por motivos de seguridad y calidad del suministro.

8. La información recabada en el expediente de vigilancia VS/606/05, actualizada a fecha 5 de noviembre de 2010 arroja los siguientes datos en relación con las solicitudes de suministro eléctrico, presupuestos de ejecución de instalaciones de extensión presentados por ENDESA y presupuestos aceptados e instalaciones de extensión efectivamente ejecutados por ENDESA, durante el periodo comprendido entre los años 2006 a 2010:

PETICIONES DE SUMINISTRO A ENDESA					
	2006	2007	2008	2009	2010*
Peticiones de suministro totales	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Acometidas de ejecución obligatoria por la compañía	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Acometidas sin necesidad de extensión	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Acometidas de ejecución obligatoria por el cliente	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
De esta últimas, nº de respuestas en las que ENDESA ha enviado un presupuesto de ejecución	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nº de presupuestos aceptados de los anteriormente comunicados	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Volumen de facturación (€) de ENDESA en el periodo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

*Incluye hasta el 5 de noviembre de 2010

9. Los datos anteriores revelan que el porcentaje de acometidas de ejecución obligatoria por el cliente a las que ENDESA ha enviado un presupuesto de ejecución que ha sido finalmente aceptado y por tanto ejecutado en todo o en parte por ENDESA ha sido de [...] % en 2006; [...] % en 2007; [...] % en 2008; [...] % en 2009 y [...] % en 2010. En definitiva, la tasa media de éxito de las ofertas de ENDESA para realizar trabajos de conexión no reservados ronda el [40-60] % en el periodo analizado.
10. La ejecución de las instalaciones de extensión de red a presupuesto (también denominadas “no baremadas”), cuyo coste corre a cargo del cliente y cuya instalación puede llevarse a cabo por el instalador elegido por dicho cliente, que han sido finalmente llevadas a cabo por la propia ENDESA, se han ejecutado íntegramente por empresas subcontratadas, toda vez que Endesa no cuenta con instaladores eléctricos autorizados en su plantilla.

11. ENDESA ha adaptado su actuación a la hora de responder a las solicitudes de nuevo suministro eléctrico que recibe y, en lugar de mandar sendos presupuestos de ejecución de acometidas de extensión, uno al solicitante del nuevo suministro y otro al consumidor/usuario final de la electricidad, remite, de forma selectiva, un solo presupuesto al mencionado solicitante, sea el que sea, instalador electricista, promotor inmobiliario, constructor o usuario final de la electricidad. En el caso en el que solicitante y usuario final de la electricidad no coincidan, ENDESA envía una carta a este último comunicándole la remisión al solicitante del nuevo suministro del mencionado presupuesto de ejecución de acometidas de extensión.

Esta modificación de la actuación de ENDESA ante las solicitudes de nuevo suministro eléctrico ha quedado acreditada en la documentación aportada al presente expediente.

12. Con fecha 7 de diciembre de 2011, se publicó en el BOE el Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico. Esencialmente, este Real Decreto viene a desarrollar las previsiones contenidas en la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector eléctrico (LSE) relativas a la interconexión entre el sistema eléctrico balear y peninsular. La Disposición final cuarta, que modifica el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica, modifica la redacción para el apartado 3 del artículo 9 de dicho Real Decreto 222/2008, mencionada en el anterior HP 4.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. Objeto del expediente y propuesta de la DI.

La presente Resolución tiene por objeto determinar si procede declarar la existencia de una infracción de acuerdo con el artículo 62.4 c) de la LDC por el incumplimiento por parte de ENDESA de la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006.

La Dirección de Investigación *“considera acreditado que ENDESA no ha cesado en la realización de las prácticas de las que en su momento se le declaró autora y que, en la actualidad, sigue cometiendo un abuso de su posición de dominio en el mercado de redes de distribución, expulsando del mercado de instalaciones a otros operadores al: (i) no comunicar la información suficiente para que el cliente pueda acudir a otros instaladores en igualdad de condiciones y (ii) ofertar la ejecución de las instalaciones de extensión que la normativa no reserva al distribuidor en el momento en que comunica la información de nuevos suministros a que le obliga la normativa.*

Lo anterior supone un incumplimiento de lo dispuesto en el numeral tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006, toda vez que, ENDESA sigue ofertando la ejecución de las instalaciones de extensión que la normativa no reserva al distribuidor en el momento en que comunica la información técnica de nuevos suministros a que la obliga la normativa”.

El envío de presupuesto por ENDESA por la parte de la obra que no está reservada al distribuidor va más allá de lo que exigía la normativa entonces vigente (art. 103.2.A del RD 1955/2000), distorsionando la competencia con la información de que dispone por su posición en el mercado de distribución.

Esto supone que ENDESA ha usado la 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 es accesible a ningún otro instalador. Implica, también, que la oferta de ENDESA siempre es la primera que recibe el cliente y que ENDESA aprovecha la remisión de una respuesta incompleta al cliente a la que estaba obligada por normativa (y por la que el sistema le retribuye) para realizar ofertas comerciales que van más allá de sus obligaciones como distribuidor, cerrando el mercado a otros competidores, los instaladores independientes. La omisión de esta información dificulta que el cliente pueda, tras recibir la contestación de ENDESA sobre su solicitud, recabar presupuestos de terceros instaladores y contratar con éstos la parte de la instalación no reservada al distribuidor.

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

La DI solicita del Consejo que *“declare que ENDESA ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006 dictada en el expediente sancionador 606/05, ASINEM-ENDESA, lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”*. La DI considera que debe declararse responsable de dicha infracción a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU e imponerle la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.

SEGUNDO. Alegaciones de ENDESA

En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución ENDESA realiza las siguientes consideraciones:

Primero: la conducta investigada en el presente expediente no puede ser objeto de sanción en la medida en que no entra en la definición del tipo sancionador del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007. Para poder acreditar la infracción del mismo sería necesario que la empresa imputada hubiera incumplido o contravenido una resolución dictada en aplicación de la Ley 15/2007. La conducta que se imputa a EDE en este procedimiento sería, en su caso, una pretendida vulneración de una resolución dictada en aplicación de la Ley 16/1989, y no de la Ley 15/2007. El hecho de que la obligación de vigilancia del cumplimiento de una resolución dictada en aplicación de la Ley 16/1989 persista bajo la Ley 15/2007 no significa que la consecuencia de dicha vigilancia pueda ser la instrucción de un procedimiento sancionador bajo el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 que, aunque pueda perseguir el mismo objetivo tiene consecuencias diferentes.

Segundo: la norma sustantiva aplicable al presente expediente es la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia. Según la tesis de la Propuesta de Resolución, el supuesto incumplimiento de la orden de cesación contenido en el Resuelve Tercero de la Resolución de 2006 habría comenzado cuando ésta se dictó, bajo la aplicación de la Ley 16/1989 y se habría mantenido en el tiempo tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007. La identificación de la norma aplicable debe realizarse con pleno respeto del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables consagrado en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución y en el artículo 128 de la Ley 30/1992. De la comparación de ambos regímenes se deduce, según ENDESA, que el régimen establecido en la Ley 16/1989 es más favorable para la empresa imputada que el régimen de la Ley 15/2007, en la medida en que el incumplimiento de las resoluciones no era considerado como una infracción frente a lo que sucede bajo la vigencia de la norma actual.

Tercero: el expediente de vigilancia de que trae causa este procedimiento habría incurrido en caducidad. El tenor literal del artículo 36.7 de la Ley 15/2007 señala que el plazo máximo para dictar y resolver expedientes de vigilancia debe ser de tres meses desde la correspondiente propuesta de la DI. Según consta en dicho Expediente de Vigilancia, la propuesta de resolución fue notificada a la parte el 1 de abril de 2011, siendo notificada la resolución el día 6 de septiembre de 2011, por lo que el expediente de vigilancia habría caducado.

Cuarto: la empresa manifiesta que ha cumplido los términos de la orden de cesación incluida en el apartado tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 2006. Basa esta afirmación en la modificación de su política comercial que

introdujo a raíz de dicha Resolución de 2006. Para ENDESA, el TDC declara prohibida, por constituir una conducta abusiva, la remisión simultánea por ENDESA de presupuestos de acometidas de extensión al representante/solicitante (instalador u otro tercero) y al representado (consumidor), en la medida en que suponía un aprovechamiento por la distribuidora de los datos facilitados por el instalador sobre la identidad del futuro consumidor y la localización del nuevo punto de suministro para enviar directamente al consumidor una oferta económica antes que el propio instalador. En su opinión, la Resolución se opuso a que se "adelantara" al instalador independiente, utilizando la información facilitada por éste, inclinando la pugna competitiva en su favor y en detrimento de dicho instalador independiente. Por ello, ENDESA ha adaptado su actuación tal y como se describe en el HP 11. Por otro lado, ha introducido en sus comunicaciones información expresa respecto a que cualquier solicitante de nuevo suministro en instalaciones no reservadas que puede realizar la acometida por su cuenta o encargarla a cualquier instalador autorizado.

Considera además que la DI está ampliando los términos de la Orden de cesación contenida en la Resolución de 2006 con el fin de declarar su incumplimiento. Considera que ni el hecho del envío de un presupuesto para la realización de instalaciones no reservadas, ni el envío selectivo de presupuestos ni el grado de desglose entre los conceptos reservados y no reservados en los presupuestos enviados fueron objeto de análisis en aquella Resolución ni son objeto de la orden de cesación. Recuerda que *"en la reciente reforma del artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008 el regulador ha venido a confirmar el derecho de EDE a competir en el mercado de las instalaciones no reservadas, elevando dicho derecho al rango de obligación"*.

Quinto: y subsidiariamente, no se ha acreditado que en su conducta concurra elemento alguno de culpa o negligencia. Es más, considera ENDESA que su cambio de conducta a raíz de la Resolución de 2006 deben considerarse prueba de la inexistencia de dolo o culpa, por lo que no cabría declarar infracción ni imponer sanción alguna.

TERCERO. Normativa aplicable y alegaciones de procedimiento

Antes de entrar en el análisis de la concurrencia de los requisitos objetivos del tipo infractor, procede examinar aquellas alegaciones planteadas por ENDESA que cuestionan la procedencia de la aplicación de la Ley 15/2007 al supuesto que nos ocupa.

En cuanto a la imposibilidad de sanción por incumplimiento de una Resolución del TDC dictada bajo el imperio de la Ley 16/1989.

Comenzando por las alegaciones relativas a la tipificación y la normativa más favorable a efectos de analizar la conducta objeto del presente expediente, éstas no pueden tener una acogida favorable como pasamos a exponer.

Entiende este Consejo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que los hechos cometidos tras la entrada en vigor la actual LDC deben regirse por la normativa vigente al tiempo de su comisión y que dicha norma tipifica como infracción, en su artículo 62.4 c), el incumplimiento de resoluciones. Y lo mismo ocurre con los hechos anteriores, puesto que a la vista del tenor literal del artículo 46 de la Ley 16/1989, que remite al Código Penal el incumplimiento de las intimaciones realizadas en Resolución, como es la obligación de cesación impuesta a ENDESA, difícilmente se puede sostener que sean una norma más favorable a efectos sancionadores.

Del mismo modo, considera el Consejo que una interpretación acorde con el espíritu y finalidad del citado artículo 62.4 c), debe permitir considerar incluidas en el tipo infractor el incumplimiento de cualquier tipo de resolución dictada al amparo de la normativa de defensa de la competencia, puesto que carece de lógica jurídica entender que es la normativa existente al tiempo de dictarse resolución y no la aplicable a los hechos, el factor decisivo para determinar si existe o no infracción.

Por consiguiente, las alegaciones en cuestión debe ser desestimada.

En cuanto a la caducidad del procedimiento en el que ha sido dictado el Acuerdo de Incoación recurrido.

Este Consejo considera improcedente esta alegación en la medida en que la caducidad denunciada afecta no a este procedimiento sancionador, sino al procedimiento de vigilancia del que trae causa. En efecto, que el presente procedimiento sancionador tenga su origen en un procedimiento de vigilancia no afecta al hecho de que se trate de dos procedimientos distintos, sometidos a sus propios plazos y formalidades e impugnables separadamente. Desde esta perspectiva, el plazo del que, conforme al artículo 38 de la LDC, goza el Consejo para resolver sobre las propuestas de incumplimiento que, en materia de vigilancia, le eleva la DI, además de no estar sometido al instituto de la caducidad sino del silencio administrativo, afecta únicamente a dichas propuestas y, como resulta evidente, no se pueden comunicar a otros procedimientos, aunque estén directamente relacionados. De hecho, la decisión del Consejo de 16 de junio de 2011, precisamente por no haber sido recurrida, es firme por consentida.

Por el contrario, el presente procedimiento esta sujeto, en materia de caducidad, al plazo de seis meses establecido en el artículo 20.5 del Real Decreto

1398/1993, de 4 de agosto, Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Como resulta evidente, desde la incoación del procedimiento, el 3 de noviembre de 2011, hasta la fecha de la presente resolución, no ha transcurrido el término en cuestión, por lo que la alegación debe desestimarse.

CUARTO. Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.4 c) de la LDC.

De acuerdo con el citado artículo 62.4 c) dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor: por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso en materia de conductas restrictivas o de control de concentraciones de la que se deriven determinadas obligaciones para un sujeto determinado. Por otro, debe existir un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la decisión de que se trate.

Por lo que respecta al elemento objetivo del tipo, y centrándonos en el primero de los requisitos, es incontrovertible, y así consta en los hechos acreditados, que con fecha 14 de diciembre de 2006 el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia dictó Resolución en el expediente sancionador 606/05, ASINEM-ENDESA, confirmada en primera instancia mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2008 y en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011, en la que se condena a ENDESA por una práctica prohibida por el artículo 6 de la LDC (art 2 en la Ley 15/2007), consistente en un abuso de posición de dominante en el mercado conexo de instalación, partiendo de su posición de dominio como distribuidor único en la isla de Mallorca.

En relación con el segundo de los requisitos mencionados, esto es, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en su momento por el TDC, este Consejo coincide con la DI en que ha quedado acreditado en el expediente de vigilancia VS/606/05 que ENDESA ha incumplido el resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, en contra de lo argumentado por la interesada.

En la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, lo que determina la calificación de la conducta de ENDESA como práctica prohibida por la legislación de competencia es el hecho de que ENDESA aprovechaba la circunstancia de tener que cumplir con sus obligaciones de información técnica a los usuarios que solicitan un nuevo suministro o la ampliación del existente (habida cuenta de su situación de monopolio como distribuidor en Mallorca), para ofrecer presupuestos para las obras de extensión de instalaciones en las que actúa en competencia con otros instaladores autorizados, por no estar reservadas a la distribuidora. El envío de presupuesto por ENDESA a los clientes por la parte de obra que no esta reservada al distribuidor va más allá de lo que exigía la normativa aplicable al caso. Esto supone que ENDESA ha usado información a la que tiene acceso

privilegiado por su condición de distribuidor para ofertar la ejecución de los trabajos, información que no es accesible a ningún otro instalador.

El propio Tribunal Supremo ha ratificado que la conducta declarada prohibida consistía, como afirma *“en presentar una oferta de las obras de extensión y acometida de las instalaciones aprovechando el momento de cumplir su obligación legal de proporcionar la información técnica correspondiente al cliente que pretende efectuar dichas obras”*.

Continúa el Tribunal Supremo diciendo que *“Tal como se expone con toda claridad en la Sentencia impugnada la posición privilegiada de distribuidor eléctrico único en la isla obliga a la recurrente a no aprovecharse de dicha posición, separando nítidamente su posición dominante como distribuidor, bajo cuyo título está obligado a proporcionar a los usuarios determinada información técnica, de su participación en competencia con otros instaladores en el mercado de realización de las obras de extensión y acometida”*

Asimismo, el Tribunal Supremo pone de manifiesto:

“Así, resulta claro que en modo alguno se sanciona por cualquier actuación en el mercado de la de las instalaciones de extensión y acometida sino (...) por ofrecer presupuestos de instalación al tiempo de cumplir con sus obligaciones de información técnica a los usuarios que solicitan un nuevo suministro o la ampliación del existente, habida cuenta de su situación de monopolio como distribuidor en Mallorca”.(...)

“Por otra parte, resulta también indiscutible que, frente a lo que afirma la recurrente, en modo alguno el artículo 103.2.A del Real Decreto 1955/2000 obliga a ofrecer tales presupuestos. [...] Es verdad que el precepto, dedicado a la calidad de la atención al consumidor, se refiere [...] a la elaboración de los presupuestos relativos a nuevos suministros, pero es igualmente claro que a partir de la solicitud de un suministro, a lo que queda obligada la empresa distribuidora no es a la presentación de un presupuesto de instalación, sino a proporcionar los datos necesarios para dicha instalación y, por tanto, para la elaboración de un presupuesto por cualquier instalador, en concreto a informar sobre el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo”. (...)

En el presente caso, ha quedado acreditado que ENDESA no ha cesado en la conducta considerada prohibida, por cuanto sigue ofreciendo presupuestos de instalación al tiempo de cumplir con sus obligaciones de información técnica a los usuarios que solicitan un nuevo suministro o la ampliación del existente, habida cuenta de su situación de monopolio como distribuidor en Mallorca.

De hecho, ENDESA reconoce, y así ha quedado acreditado en el expediente (HP 11), que su estrategia ha variado con respecto a la analizada en la Resolución de 2006 en los dos siguientes aspectos. Por una parte, en lugar de mandar sendos

presupuestos de ejecución de acometidas de extensión, uno al solicitante del nuevo suministro y otro al consumidor/usuario final de la electricidad, remite un solo presupuesto al mencionado solicitante, informando de ello al cliente. Por otra, informa al cliente destinatario último del presupuesto que tiene la posibilidad de solicitar presupuesto y contratar con otros instaladores.

Ninguno de estos dos cambios implica la cesación de la conducta en su día sancionada, tal y como razona la DI en su Propuesta. El hecho de que haga llegar el presupuesto sólo al representante del cliente o de que advierta a éste de que puede solicitar presupuestos a terceros no evita que haya empleado su posición privilegiada como distribuidor para hacer llegar a los clientes, directa o indirectamente, su oferta. Como ocurría con carácter previo a la Resolución de 2006, ENDESA recibe las solicitudes de instalaciones de red en su calidad de distribuidor para la Isla de Mallorca y obtiene con ello una información de alto valor comercial para competir en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor y hace de uso de ello de una forma y en unas condiciones que no son replicables por ningún instalador.

Por otra parte, en contra de lo que ENDESA manifiesta la DI no está ampliando el objeto de la conducta. Analiza la manera en la que ENDESA despliega su conducta porque resulta relevante para entender y valorar su aptitud para distorsionar la competencia.

En este sentido, el hecho de que en los presupuestos remitidos no se desglose y determine de forma específica las cantidades correspondientes a aquellos trabajos de acometida necesaria y obligatoria por ENDESA, ciertamente introduce costes de tramitación y de tiempo adicionales que obstaculizan el que los clientes opten por un tercer instalador.

Tampoco puede acogerse la alegación de ENDESA relativa a que con la reforma del artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008 tiene obligación de enviar el presupuesto. Como bien conoce ENDESA, esta reforma es posterior a los hechos que se analizan.

En definitiva, es evidente que ha existido un incumplimiento de la Resolución de 14 de diciembre de 2006 del TDC, en la medida en que ENDESA no ha cesado en su conducta y sigue aprovechando la información privilegiada que tiene como distribuidor para ofertar la ejecución de las instalaciones de extensión que la normativa no reserva al distribuidor.

QUINTO. Sobre el elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta ilícita enjuiciada.

Según reiterada jurisprudencia, entre otras STS de 22 de noviembre de 2004, la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ámbito del derecho

sancionador, señalando al respecto que sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), que excluye la imposición de sanciones sin atender a la conducta diligente del administrado, pues más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados. Así pues, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26/03/86 entre otras).

De esta forma, tal y como se ha puesto de manifiesto en otras Resoluciones (Expte. SNC 0010/11, GRAFOPLAS DEL NOROESTE), sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

En este sentido, el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que: *"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia"*.

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a "título de simple negligencia".

En cuanto a la regulación contenida en la LDC, de acuerdo con el artículo 61: *"Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley"*. Este precepto debe ponerse en conexión, en el presente caso, con el artículo 62.2.e).

Por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, este Consejo entiende que de los extremos constatados en el expediente de vigilancia, se puede colegir tanto el conocimiento del carácter típico y antijurídico de la conducta por parte de ENDESA como también la concurrencia del elemento volitivo, es decir, la voluntad de realizarla.

La conducta declarada prohibida en la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, consistía, como afirmó el Tribunal Supremo *"en presentar una oferta de las obras de extensión y acometida de las instalaciones aprovechando el momento de cumplir su obligación legal de proporcionar la información técnica correspondiente al cliente que pretende efectuar dichas obras"*.

En sus alegaciones ENDESA manifiesta que ha adaptado su actuación a la hora de responder a las solicitudes de nuevo suministro eléctrico que recibe y, en lugar de mandar sendos presupuestos de ejecución de acometidas de extensión, uno al solicitante del nuevo suministro y otro al consumidor/usuario final de la electricidad, remite, de forma selectiva, en aquellos casos que considera

oportuno, un solo presupuesto al mencionado solicitante, sea el que sea, instalador electricista, promotor inmobiliario, constructor o usuario final de la electricidad.

Dado que la Resolución expresaba claramente cuál era la conducta constitutiva de infracción, ENDESA no podía desconocer cuál era el comportamiento considerado ilícito. Por ello cualquier adaptación o derivación del mismo que dé lugar a la misma situación anticompetitiva supone un incumplimiento de dicha resolución.

En el presente procedimiento, ENDESA no sólo conocía el carácter ilícito de su conducta, sino que realizó una interpretación no acorde al sentido de la Resolución del TDC que amparase su comportamiento anticompetitivo. Este hecho pone de manifiesto el carácter doloso de la conducta en la medida que trata de dar una apariencia de licitud a una conducta que previamente ha sido sancionada.

Por todo ello, entiende este Consejo que la conducta de ENDESA no puede ser considerada sino como dolosa, en la medida en que fue realizada con pleno conocimiento y voluntad de obtener las consecuencias que de ella se derivaban.

Este carácter doloso sería aún más patente a partir del momento en que ENDESA tuvo conocimiento de que la conducta prohibida en la Resolución del TDC había sido confirmada como una infracción administrativa de abuso de posición de dominio primero por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 21 de abril de 2008 y luego en casación por el Tribunal Supremo. Pero es que además, este tipo de conducta ha sido objeto de otros expedientes sancionadores tramitados por la CNC contra diferentes operadores, incluida la propia ENDESA (RCNC de 8 del noviembre de 2011, Expte. S/0003/07 E.On; RCNC de 20 de septiembre de 2011, Expte 2795/07 Hidrocantabrico Instalacion y RCNC de 20 de septiembre de 2011, Expte S/0089/08 Unión Fenosa instalación; RCNC de 21 de febrero de 2012, Expte. S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN).

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, cumpliéndose entonces el último de los requisitos necesarios para apreciar la infracción.

SEXTO. Sobre el importe de la sanción.

Resulta acreditado que ENDESA ha incumplido lo establecido en el Resuelve Tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006, en el Expediente 606/05 ASINEM-ENDESA, lo que constituye una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4 c) de la LDC.

De acuerdo con el artículo 63. 1 de la citada Ley el Consejo puede imponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Según información aportada por la propia ENDESA, el volumen de negocios neto de la empresa, conforme aparece en sus cuentas anuales, es de 2.581.777.000 Euros.

Para la determinación del importe de la sanción el Consejo ha atendido a los criterios fijados en el artículo 64 de la LDC. En particular, se tiene en cuenta que el incumplimiento de la Resolución afecta al mercado de las instalaciones no reservadas en la Isla de Mallorca, por lo que parte para el cálculo de la facturación que ENDESA realiza en dicho ámbito y que se recoge en el HP 8. La DI ha acreditado que la infracción consistente en el incumplimiento de la orden de cesación de la conducta se ha extendido durante un periodo prolongado de tiempo, desde que dicha Resolución se dictó y notificó en diciembre de 2006 hasta, al menos, noviembre de 2010. Ello supone que a efectos del cálculo de la sanción debe tenerse en cuenta el importe de la facturación en la isla de Mallorca desde 2007 hasta noviembre de 2010, que asciende a un total de [...]€. Asimismo, el Consejo tiene en cuenta que la conducta, tal y como se razona en el Fundamento de Derecho Cuarto, tiene un carácter doloso.

Debe considerarse también el hecho de que el Tribunal Supremo ha ratificado la sanción de 900.000€ que el TDC impuso a ENDESA en la Resolución de 2006 por desarrollar esta conducta durante el periodo 2002-2004, en el que la facturación de ENDESA en instalaciones no reservadas en la Isla de Mallorca fue de alrededor de [...] €.

A la vista de todo ello, el Consejo considera proporcionado imponer una sanción equivalente al 5% del volumen de negocios de ENDESA en el mercado de las instalaciones no reservadas en la Isla de Mallorca en el periodo señalado, lo que conlleva una sanción de 1.037.900€.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, expediente 606/05, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U.

SEGUNDO.- Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. una sanción de 1.037.900€.

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

Comuníquese esta RESOLUCION a la Dirección de Investigación y notifíquese a la parte interesada ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES a contar desde el día siguiente al de su notificación.