

RESOLUCIÓN **(Expte. S/0233/10, ENDESA ICP)**

CONSEJO:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós.
D^a Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a M^a Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 22 de Marzo de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con la composición arriba expresada y siendo Consejera Ponente D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0233/10, ENDESA ICP, iniciado contra Endesa, S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de febrero de 2010 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) oficio de la Comisión Nacional de Energía (CNE) remitiendo los siguientes documentos: a) un escrito de D. XXX a la CNE en el que formula reclamación contra Endesa, S.A. (en adelante Endesa), en relación a la campaña publicitaria desarrollada por esta compañía para la instalación de interruptores de control de potencia (en adelante ICP); y b) una copia del Informe de la CNE de 4 de febrero de 2010, en contestación a tal reclamación. En su Informe la CNE no aprecia infracción de la normativa sectorial, pero remite dicha información a la CNC por si la conducta llevada a cabo por Endesa en el año 2009, pudiera constituir una práctica restrictiva de la competencia. Asimismo lo remite a la Comunidad Autónoma de Andalucía por si hubiera un ilícito de publicidad engañosa.
2. La práctica denunciada consistiría en el cobro por parte de Endesa de un precio de (99€), excesivo a juicio del denunciante, por la instalación obligatoria de un ICP, así como en la omisión del deber de la compañía distribuidora de ofrecer a los usuarios la alternativa de tener el ICP en régimen de alquiler por el importe regulado de 0,03€/mes por polo.

Según el denunciante, Endesa durante varios meses de 2009, envió a sus abonados comunicaciones en las que les informaba de su obligación de instalar el ICP y de la repercusión, en forma de incrementos del precio en factura, en caso de no instalarlo. El denunciante aporta documentos (folios 20-22) que confirmarían que tales comunicaciones se llevaron a cabo.

Mediante tales comunicaciones, Endesa habría trasladado a los clientes la impresión de que el ICP es un elemento que garantiza la seguridad y el bienestar del hogar, evitando el sobrecalentamiento de la instalación. En este sentido, un anuncio publicitario remitido por Endesa a los clientes llega a poner en duda el correcto funcionamiento de los electrodomésticos en caso de no instalar el ICP (folio 22).

La denuncia destaca el incumplimiento de la normativa por parte de Endesa Distribución al no poner en conocimiento de los usuarios las posibilidades de alquiler de los ICP, ya que en las comunicaciones aportadas, aunque se hace mención a ello, no se indica expresamente el coste del alquiler del ICP. De hecho, en el anverso de la comunicación al cliente, consta una comparación entre el coste que supone al cliente instalar el ICP con Endesa a un precio de 99€ y el coste que debería asumir en el caso de no instalarlo (es decir, una vez aplicado el incremento en la factura al pagar por un tramo de potencia superior), pero no indica el coste total que supondría alquilar el ICP a la distribuidora (que sería muy inferior: 0,03€/mes por polo más los derechos de extensión).

3. Con fecha 26 de marzo de 2010 la Dirección de Investigación (en adelante DI) requirió información a Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. (en adelante Endesa Distribución) a fin de clarificar los detalles de la actuación de esta compañía en relación a las ventas de ICP. La contestación a dicho requerimiento de información se produjo el 14 de abril de 2010. Se le requirió de nuevo información el 20 de abril de 2010 sobre su participación en la venta de ICP, recibándose la contestación el 29 de abril de 2010.
4. Con fecha 18 de mayo de 2010 se envió requerimiento de información a Endesa, como matriz del Grupo Endesa, con el fin de que distinguiera entre las actividades llevadas a cabo por cada una de las empresas del Grupo en relación con los ICP. Con fecha 28 de mayo de 2010 tuvo entrada la contestación a dicho requerimiento.
5. El 30 de junio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) oficio de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en aplicación del artículo 2 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, dando traslado de la denuncia presentada por D.XXX contra Endesa ante la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresas, de contenido idéntico a la presentada ante la CNE.
6. Con fecha 2 de julio de 2010 se solicitó a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía la remisión del expediente con arreglo al art. 2.1 de la Ley 1/2002, al considerarse competente la CNC. Con fecha 12 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, determinando la competencia de la CNC y adjuntando el expediente, al que le fue asignado el número de información reservada S/0283/10.

7. Con fecha 12 de julio de 2010, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, se procedió a la acumulación del expediente S/0283/10 al expediente S/0233/10, al tratarse de los mismos hechos denunciados.
8. Con fecha 29 de julio de 2010 la DI elevó al Consejo Informe y Propuesta de no Incoación de expediente sancionador en base al artículo 49.3 de la LDC por considerar que no existían indicios de infracción de las normas de competencia.
9. Con posterioridad a dicha fecha, el 4 de agosto de 2010, tuvo entrada en la CNC nuevo escrito de la CNE remitiendo reclamación del denunciante de abril de ese año, así como la respuesta de la CNE al mismo en Informe del órgano regulador de fecha 15 de julio de 2010. La CNE en este informe concluye que en la información aportada por el reclamante de la notificación de ENDESA no aprecia publicidad engañosa. No obstante como continuación del anterior lo remite a la CNC y a la junta de Andalucía.
10. En el Informe y Propuesta de Archivo la DI hace la siguiente descripción de las partes:
 - Endesa, S.A. es la matriz del Grupo Endesa, empresa líder en el sistema eléctrico español, presente además en el sistema gasístico. En 2008 suministró 106.538 GWh de electricidad en España a más de 11,6 millones de clientes.
 - Endesa Distribución 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. Endesa Distribución gestiona la red de distribución de energía eléctrica en Andalucía, Cataluña, Baleares, Aragón, Canarias y Extremadura.
 - Endesa Energía, S.A. (en adelante Endesa Energía) es una empresa del Grupo Endesa encargada de la venta de energía eléctrica y gas en el mercado liberalizado. Endesa Energía XXI, S.L., es la comercializadora de electricidad de último recurso del Grupo.
11. La DI en su Informe y Propuesta de Archivo, apoyándose en la información recabada en el expediente, hace la siguiente descripción del mercado en el que se desarrollan las conductas denunciadas y de la normativa que lo regula:
 - a) El Término de Potencia (TP) es la parte de la factura eléctrica que el abonado está obligado a pagar en función de la potencia contratada. Su importe se calcula multiplicando dicha potencia por un factor regulado actualizado periódicamente.
 - b) El Interruptor de Control de Potencia (ICP) es un dispositivo cuya única y exclusiva finalidad es impedir que el usuario conecte más potencia de la contratada.

- c) El Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, referido a los equipos de medida y control, estableció en su artículo art. 92.2, la potestad de la empresa distribuidora de controlar la potencia demandada por el consumidor. Posteriormente el RD 1454/2005, de 2 de diciembre, modifica los arts. 92 y 93 estableciendo la obligación de la empresa distribuidora de realizar el control:

Artículo 92: “2. La empresa distribuidora deberá controlar que la potencia realmente demandada por el consumidor no exceda de la contratada. El control de la potencia se efectuará mediante interruptores de control de potencia, taxímetros u otros aparatos de corte automático. (...)”

Artículo 93: “2. Los equipos de medida de energía eléctrica podrán ser instalados por cuenta del consumidor o ser alquilados a las empresas distribuidoras, siempre que los mismos dispongan de aprobación de modelo o en su caso pertenezcan a un tipo autorizado y hayan sido verificados según su normativa de aplicación. (...)

En el caso de los consumidores de baja tensión, las empresas distribuidoras están obligadas a poner a su disposición equipos de medida y elementos de control de potencia para su alquiler. (...)

En los casos en que el equipo de control de potencia se coloque con posterioridad al inicio del suministro, éste se instalará preferentemente del tipo de ICP de reenganche automático. En caso de que el cliente opte por alquilar el equipo a la empresa distribuidora, el precio de alquiler incluirá los costes asociados a la instalación; todo ello sin perjuicio del derecho de cobro, por parte de la empresa distribuidora, de los derechos de enganche que correspondan en concepto de verificación y precintado de dicho equipo de control de potencia y la obligación del consumidor de contar con las instalaciones adecuadas para la colocación de los equipos de medida y control.

En los casos en los que el equipo de control de potencia se coloque con posterioridad al inicio del suministro, el distribuidor deberá comunicar al cliente la obligación de instalarlo según los plazos establecidos. Transcurridas dos notificaciones sin que el consumidor haya expresado su voluntad de proceder a instalar por sí mismo el ICP, el distribuidor deberá proceder a su instalación, facturando en este caso, además de los derechos de enganche vigentes, el precio reglamentariamente establecido para el alquiler del equipo de control de potencia.”

- d) La Orden ITC 1857/2008, en desarrollo del RD 1454/2005, determina el modo en que las distribuidoras deberán comunicar a los consumidores la obligación de instalar los equipos de control de potencia. Asimismo, señala los cobros adicionales que deberán hacer las distribuidoras en la factura si

los usuarios no instalan el equipo, tras haber recibido la segunda notificación (Desde el 16 de Junio de 2010 el cobro adicional se rige por la Orden ITC/1559/2010, de 11 de Junio).

- e) La Disposición Adicional Primera de la citada Orden establece que las empresas distribuidoras deberán remitir a los clientes que no dispongan ICP un requerimiento haciendo constar la obligación de su instalación. Las empresas distribuidoras quedan obligadas a conservar la acreditación de la notificación efectuada. Transcurridos 20 días desde la notificación, sin haber obtenido respuesta del titular del contrato, se deberá realizar una segunda notificación en que se hará constar que si en el plazo de 20 días no se realizan las actuaciones necesarias para dar cumplimiento al Plan o no se obtiene una respuesta, se procederá a facturar importes superiores a los contratados.
- f) El Anexo II de la Orden ITC/3860/2007 establece que *“el precio medio de los alquileres de los ICP, considerando no solo el precio del propio equipo sino también los costes asociados a su instalación y verificación así como a la operación y el mantenimiento, son los siguientes: 0,03€/mes”*.
- g) El Anexo III del RD 1634/2006, fijó el importe del derecho de enganche en baja tensión en 8,638732 €/consumidor.
- h) El RD 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador, en su Disposición Final Tercera, modifica el art. 7 del RD 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, que queda redactado como sigue: *“1. Las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente completa y actualizada, en la que consten al menos los siguientes datos:*
 - (...)*
 - l. Disponibilidad de Interruptor de Control de Potencia, donde se hará constar ICP no instalado, o ICP instalado.*
 - (...)*
 - q. Potencias contratadas en cada período, y en función de la tarifa básica o la Tarifa de Acceso de Terceros a las Redes, Valor de la potencia contratada (en kW) por Periodo Tarifario.*
 - (...)*
 - u. Consumo de los dos últimos años naturales (por períodos de discriminación horaria y meses). (...).”*

- 12.** Por último, el Informe y Propuesta de Archivo la DI hace la siguiente descripción de las actuaciones llevadas a cabo por las dos empresas del Grupo Endesa, Endesa Distribución y Endesa Energía, que han participado en la oferta e instalación de ICP:

“2.3.2.1. Endesa Distribución.

- (25) *De conformidad con la normativa vigente, Endesa Distribución venía obligada a comunicar a los consumidores cuyas instalaciones no estuvieran dotadas de ICP la obligación que éstos tenían de proceder a su instalación lo antes posible, disponiendo para ello de dos opciones: adquirir el ICP a través de un instalador autorizado o alquilárselo a la compañía distribuidora al precio regulado.*
- (26) *Endesa Distribución señala que entre los años 2008 y 2009 (al igual que había hecho en los años 2006 y 2007) contactó con todos los clientes sin ICP, directamente por carta o a través de otros canales para cumplir con la obligación anterior (folio 71).*
- (27) *Tras la entrada en vigor de la Orden ITC 1857/2008, Endesa adaptó su sistema de comunicación a lo establecido en la nueva Orden, lo que determinó que algunos clientes en 2008 recibieran más de una notificación.*
- (28) *Asegura Endesa Distribución que el procedimiento de comunicación utilizado siempre ha incluido información referente a las alternativas legales de que disponía el cliente. Concretamente, las comunicaciones se habrían limitado a señalar las posibilidades de instalación del ICP (folio 71):*
- Adquisición del ICP a través de un instalador autorizado de confianza o*
 - Alquiler del mismo a Endesa Distribución a un precio previamente establecido por la regulación (0,06€ mensuales más impuestos aplicables para suministros monofásicos y 0,12€ mensuales para suministros trifásicos).*
- (29) *En ambos casos, según Endesa Distribución, se hace mención expresa a los costes asociados a cada una de las opciones, que incluirían el pago a la distribuidora en concepto de verificación y precintado de dicho ICP (derechos de enganche).*
- (30) *Constan en el expediente algunas de las comunicaciones llevadas a cabo por Endesa Distribución en el marco del Plan de Comunicación desplegado durante los años 2008 y 2009 en las zonas de distribución en que actúa Endesa Distribución (esencialmente, Andalucía, Extremadura y Baleares, donde se concentra el mayor número de suministros sin control de potencia) que se ajustan a lo dispuesto en la regulación vigente (folios 101-108).*

2.3.2.2. Endesa Energía.

- (31) *En contestación al requerimiento de información de 18 de mayo, Endesa Energía confirma haber sido la sociedad que ha realizado las ofertas para la venta de ICP que han sido denunciadas (folio 151).*

- (32) *Endesa Energía señala que durante el mes de junio de 2009 realizó un proyecto piloto de comercialización de ICP dirigido a 20.000 clientes domésticos ubicados en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Baleares. El número de ICP vendidos fue de 694.*
- (33) *Las comunicaciones realizadas por Endesa Energía a los consumidores en el mes de junio de 2009 indican que el ICP es un elemento de seguridad para el hogar (folios 20-21 y 182-186), que, de acuerdo a la publicidad de Endesa Energía, resulta necesario incluso para garantizar el buen funcionamiento de los electrodomésticos (folio 22). El tono empleado por Endesa en sus comunicaciones y publicidad resulta alarmista, tratando de inducir al cliente a instalar el ICP inmediatamente (“¿Se imagina una vida sin electrodomésticos?”) y a instalarlo con Endesa (“Por eso Endesa de adelanta a sus necesidades y le ofrece la solución más eficiente: regularizamos su instalación (...), instalamos el ICP más adecuado a sus necesidades con la garantía de nuestra red de profesionales, le evitamos las molestias de tener que realizar usted cualquier trámite.”).*
- (34) *Los ingresos obtenidos por Endesa Energía fueron de 99€ por instalación, precio que reportaba, según esta compañía, unos beneficios de 20€ por unidad instalada (folio 153).*
- (35) *La información sobre la existencia o no de ICP en las instalaciones de los clientes, se obtuvo, según Endesa Energía, en el registro de la Base de Puntos de Suministro de la empresa distribuidora, estando esta información disponible para todas las comercializadoras, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1011/2009, según la denunciada.*
- 13.** Vista la denuncia y en base a los anteriores hechos recabados en el trámite de información reservada, la DI analiza si de los mismos se deducen indicios de infracción de los artículos 2 y 3 de la LDC por Endesa Distribución y por Endesa Energía, por las siguientes conductas: (i) posible omisión de la obligación de ofrecer el ICP a los consumidores, (ii) posible difusión de información engañosa a los consumidores para llevarles a adquirir el ICP, (iii) posible cobro de un precio abusivo por el ICP y (iv) posible actuación discriminatoria de Endesa Distribución en beneficio de su comercializadora para la venta de los ICP.

Respecto a una posible infracción del artículo 3 de la LDC la DI concluye que no aprecia indicios con base en los siguientes argumentos:

2.4.1. Artículo 3 LDC

- (37) *El artículo 3 de la LDC prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. La aplicación de este artículo requiere, por tanto, no sólo que los hechos denunciados constituyan un acto de competencia desleal, sino también que estas conductas provoquen el falseamiento de la libre competencia y que afecten al interés público.*

- (38) *Como se ha explicado, la normativa vigente obliga a los distribuidores, entre los que se encuentra Endesa Distribución, a ofrecer el ICP en régimen de alquiler a los consumidores. Esta obligación no se hace extensiva a los comercializadores. Por lo tanto, el hecho de que Endesa Energía (comercializadora) ofreciera el ICP en venta (y no en alquiler) no supone infracción de la normativa sectorial ni puede considerarse práctica desleal.*
- (39) *Por otra parte, los hechos acreditados muestran que Endesa Distribución cumplió con su obligación de ofrecer el ICP en alquiler a los consumidores en 2006, 2007 y 2008.*
- (40) *Ahora bien, las comunicaciones realizadas por Endesa Energía a los consumidores en el mes de junio de 2009 podrían contener información engañosa o, cuanto menos, incompleta, pudiendo haberles inducido a error en su actuación concurrencial por (a) inducirles a instalar un ICP mediando confusión e (b) inducirles a adquirir el ICP de Endesa.*
- (41) *Las comunicaciones de Endesa podrían transmitir al consumidor, en un tono alarmista (“¿Se imagina una vida sin electrodomésticos?”), la impresión de que no disponer de un ICP pone en riesgo la seguridad de su instalación eléctrica y con ello sus electrodomésticos, lo que podría favorecer la decisión de adquisición el ICP por éstos.*
- (42) *Endesa aduce diversos argumentos para considerar el ICP como un elemento de seguridad, que confluyen en que el ICP actúa de facto como un elemento redundante de protección de las instalaciones, al asegurar que no se usa más potencia de la que permiten las condiciones de seguridad de las instalaciones (folios 362-386).*
- (43) *A este respecto, cabe hacer algunas precisiones. En primer lugar, la Orden ITC-BT-17 del Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión (RD 842/2002, de 2 de agosto), obliga a que toda instalación disponga de un elemento de protección contra sobrecarga y cortocircuitos (Interruptor General Automático, IGA) y de un ICP. Señala Endesa que mientras el IGA tiene unas características de interrupción de acuerdo con las intensidades máximas admisibles de los conductores de las instalaciones a las que protegen, la interrupción del ICP se produce cuando la potencia demandada supera la contratada. No obstante, y aunque efectivamente el ICP está concebido para interrumpir el suministro en caso de que la potencia demandada supere la contratada, la potencia demanda puede no ser lo suficientemente alta para poner en peligro la instalación eléctrica. Además, en caso de que la potencia demandada excediera de la intensidad para la que la instalación está preparada, sería el IGA (interruptor igualmente obligatorio en toda instalación) el que cortaría el suministro. Por tanto el ICP no es un elemento de seguridad en sí mismo como lo es el IGA, sino que ambos interruptores cumplen funciones específicas diferentes, no proporcionando el primero seguridad adicional a la instalación.*

- (44) *En segundo lugar, Endesa alude a la definición de ICP contenida en la Orden ITC-BT-1 del RD 842/2002 como “aparato de conexión que integra todos los dispositivos necesarios para asegurar de forma coordinada: mando, protección contra sobrecargas y protección contra cortocircuitos”. No obstante, la Orden ITC-BT-17 del mismo RD 842/2002, al definir los dispositivos generales e individuales de protección no recoge el ICP y, de hecho, hace una separación expresa entre el ICP y el IGA.*
- (45) *En tercer lugar, Endesa menciona la Orden ITC-BT-22 que admite como dispositivos de protección contra sobrecargas y cortocircuitos los interruptores automáticos de corte omnipolar con curva térmica de corte y cortocircuitos fusibles calibrados de características de funcionamiento adecuadas. Endesa concluye que un ICP, dotado de curva térmica de corte y dimensionado a la potencia contratada, funcionalmente constituye un dispositivo de protección contra cortocircuitos y sobrecargas. Sin embargo, esto no ocurre en la realidad, ya que el ICP está calibrado para interrumpir el suministro cuando el cliente desea consumir energía eléctrica por encima de lo establecido en el contrato, no para evitar sobrecargas o cortocircuitos.*
- (46) *Finalmente, Endesa alega que en las instalaciones antiguas que no disponen de los dispositivos de protección necesarios para garantizar la seguridad de la propia instalación, la instalación de un ICP garantiza la protección ante sobrecargas y cortocircuitos. Es cierto que como la potencia contratada máxima se determina sobre la base de las características de la instalación y dado que el ICP corta el suministro cuando la potencia demandada supera la contratada, el ICP actuaría subsidiariamente evitando que la instalación supere los límites de potencia para su correcto funcionamiento. Ahora bien, toda instalación de ICP precisa de una labor de precintado y verificación de las instalaciones, por lo que, si éstas no se encontraran en un estado adecuado para la colocación de los equipos de medida y control (al no contar con el IGA, siendo éste un elemento obligatorio de acuerdo con la Orden ITC-BT-17 del RD 842/2002), no podría suministrarse electricidad a la vivienda.*
- (47) *En definitiva, el ICP no sería un elemento de seguridad sino un dispositivo que tiene como finalidad controlar que la demanda de la potencia de los aparatos conectados a la instalación no supere la potencia contratada para el punto de suministro. Cuando los aparatos conectados a la instalación demandan una potencia superior a la contratada, el ICP “salta” automáticamente dejando dicha instalación sin servicio. Se sitúa junto al Cuadro General de Mando y Protección, e inmediatamente antes de él. Sí serían, en cambio, elementos de seguridad y control en las viviendas: el Interruptor General Automático (IGA), el Interruptor Diferencial y los Pequeños Interruptores Automáticos.*

- (48) *Por otra parte, las cartas enviadas por Endesa Energía a los consumidores contienen elementos que refuerzan su autoridad y el contenido de su mensaje comercial a los ojos del consumidor. En efecto, las cartas, aunque firmadas por Endesa Energía, trasladan al consumidor la impresión de estar escritas por la distribuidora, al arrogarse las obligaciones de la distribuidora del Grupo mediante el uso de la primera persona del plural en la redacción: “Nos ponemos en contacto con Ud. para comunicarle que (...) las empresas distribuidoras de electricidad como Endesa estamos obligadas por ley a controlar (...)”. Es la empresa distribuidora, y no la comercializadora, la “obligada por ley” a controlar la existencia de ICP instalados y de comunicar a los consumidores la obligación de instalar los equipos de control de potencia en virtud del RD 1454/2005 y de la Orden ITC 1857/2008, en desarrollo del anterior.*
- (49) *Teniendo en cuenta, además, que el logotipo es muy similar para la distribuidora y la comercializadora, estos hechos podrían ser susceptibles de llevar al consumidor a considerar que el remitente de la comunicación es la distribuidora y no la comercializadora, o que la actuación de la comercializadora cuenta con el acuerdo o la conformidad de la distribuidora, lo que le podría inducir a confiar en la veracidad de sus mensajes comerciales y a adquirir el ICP a Endesa Energía en las condiciones en que se oferta.*
- (50) *La conducta descrita de Endesa Energía podría ser calificada de desleal por no respetar el derecho de los usuarios a ser informados cumpliendo con la normativa aplicable en materia de publicidad, en infracción de los artículos 6 y 20 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La conducta de Endesa Energía podría haber llevado a los usuarios a adquirir el ICP de ella en lugar de alquilarlo o comprarlo de otro agente, modificando así el comportamiento concurrencial que podrían haber seguido los consumidores (alquilarlo o comprarlo de un tercero).*
- (51) *No obstante, debe tenerse en cuenta la escasa importancia cuantitativa de la campaña llevada a cabo por Endesa (20.000 personas contactadas y 694 ICP vendidos) frente al volumen global de ICP a instalar en España, que en el año 2007 era de más de 8 millones de unidades. Al precio unitario de 99 euros por ICP, resulta que la práctica de Endesa le habría reportado unos ingresos de 68.706 euros. Teniendo en cuenta que, según Endesa, obtenía 20 euros de margen por cada ICP, su beneficio habría ascendido a 13.880 euros. Considerando a su vez que la obligación de instalar el ICP venía determinada por una obligación normativa, y aunque se haya producido un perjuicio a aquellos usuarios que habrían preferido alquilar el ICP en lugar de comprarlo al precio de Endesa, resulta difícilmente concebible que la campaña de Endesa haya podido falsear la competencia.*

- (52) *Teniendo en cuenta todo lo anterior, pese a la posible sujeción de la práctica a la Ley 3/1991, no cabe concluir que la práctica de Endesa Energía haya distorsionado gravemente la competencia en el mercado de instalación de ICP y que la distorsión haya afectado al interés público, por lo que no sería susceptible de infringir el art. 3 de la LDC.*
- (53) *No obstante, en consonancia con las observaciones de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía, se aprecia que la conducta descrita podría suponer una infracción de la normativa de consumo. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la práctica se habría circunscrito a las Comunidades Autónomas de Andalucía y Baleares y que la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía ya ha sido informada, se propone al Consejo de la CNC poner en conocimiento de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud y Consumo de la Comunidad Autónoma de Baleares esta conducta, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.2 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común, en que se establece el deber de colaboración y cooperación entre las Administraciones Públicas.*

Y por lo que se refiere a un posible abuso de posición de dominio prohibido por el Artículo 2 de la LDC la DI hace la siguiente valoración de los hechos:

“2.4.2. Artículo 2 LDC

- (54) *El artículo 2 de la LDC prohíbe el abuso de posición dominante por una o varias empresas en todo o en parte del mercado nacional. El abuso de posición dominante requiere simultáneamente la existencia de una posición de dominio y de un uso abusivo de tal posición, de tal modo que basta con que no concorra uno de estos dos requisitos para que no se produzca infracción. Además, la posición de dominio no puede definirse en abstracto, sino que lo es en relación a un mercado relevante.*
- (55) *En el presente caso, resulta relevante analizar los mercados asociados a las actividades de distribución, comercialización de electricidad y comercialización de ICP, puesto que la posición de Endesa en las dos primeras actividades podría estar afectando a la dinámica competitiva en el alquiler y venta e instalación de los ICP.*
- (56) *El mercado de redes de distribución de energía eléctrica comprende todas aquellas actividades que tienen la función de hacer llegar la energía desde la red de transporte a alta tensión hasta los consumidores finales. Cada red de distribución conforma un monopolio natural, y su acceso y precios están regulados. Diversos precedentes han considerado que los mercados de redes de distribución son locales o regionales, dado que para el consumidor final el suministro a través de una red de distribución no es sustituible por el suministro a través de otra red y que la gestión de la red y las autorizaciones de distribución*

tienen carácter local o regional. Este carácter local-regional queda confirmado por la Ley 54/1997 y por el Real Decreto 1955/2000, que define Zonas de Distribución en las que cada operador es monopolista en la gestión.

- (57) *El mercado de comercialización de electricidad a clientes residenciales y PYMES comprende las actividades de suministro de electricidad a consumidores finales en baja tensión. Los precedentes citados han considerado que este mercado tiene un ámbito geográfico nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional. No obstante, se trata de un mercado cuya dinámica competitiva puede venir condicionada por la competencia en el mercado conexo de redes de distribución, por lo que resulta relevante también la toma en consideración de la posición de los operadores en el ámbito local/regional.*
- (58) *Por último, la oferta de los ICP, tanto en alquiler como en venta, podría constituir un mercado desde la óptica de los consumidores, dado que el ICP no es sustituible por ningún otro aparato y su instalación es obligatoria según la normativa. En este mercado competirían, por el lado de la oferta, los ICP en régimen de alquiler regulado ofertados por las empresas distribuidoras con los ICP que pueden ofertar e instalar en régimen de venta los comercializadores de electricidad o cualquier instalador eléctrico autorizado. Por tanto, su dimensión geográfica relevante sería nacional.*
- (59) *Endesa ostentaría una posición de dominio en el mercado de redes de distribución en Andalucía, Extremadura y Baleares, donde Endesa Distribución es propietaria de la mayor parte de la red de distribución. En el mercado español de comercialización de electricidad a clientes residenciales y PYMES, Endesa no ostentaría una posición de dominio, dado que, pese a la existencia de una cuota de mercado significativa (cercana al 45% en 2008 y al 42% en 2009), existen importantes competidores en el mercado, que, desde el 1 de julio de 2009, compiten no sólo por la captación de los clientes a precio libre sino también por los clientes acogidos al suministro de último recurso. La desaparición del suministro a tarifa (sustituido por el suministro de último recurso), que en 2008 suponía el 92% del total (59% en términos de consumo de energía), podría determinar una reducción de las cuotas de mercado de las comercializadoras en las zonas de distribución asignadas a las comercializadoras del propio Grupo. La cuota de Endesa Energía en el mercado comercialización de electricidad a clientes residenciales y PYMES en las zonas de distribución donde opera Endesa Distribución era en 2008 cercana al 78% (83% en 2006). En lo que se refiere al mercado de comercialización de ICP tampoco se aprecia que Endesa ostente una posición de dominio en el mismo, dado que su oferta de alquiler de ICP viene regulada por la normativa sectorial y que compite con la venta de ICP que pueden llevar a cabo otros operadores*

presentes en el mercado, lo que limita la existencia de poder de mercado.

(60) *Dada la posición de Endesa en el mercado de distribución de electricidad en las regiones de Andalucía, Baleares y Extremadura, podría haberse valido de dicha posición para beneficiar la venta de los ICP por Endesa Energía, comercializadora del mismo Grupo. Sin embargo, de los hechos acreditados se desprende que no es así por las siguientes razones:*

- *Endesa Distribución cumplió con la normativa sectorial, dando a conocer a los consumidores que carecían de ICP la obligatoriedad de su instalación, ofreciéndoles el alquiler o, alternativamente, la posibilidad de que el mismo fuera instalado por un instalador eléctrico autorizado.*
- *Endesa Distribución no realizó de manera injustificada otras acciones que pudieran haber contribuido o reforzado la efectividad de la acción comercial de venta de ICP a los consumidores por Endesa Energía. Es cierto que en 2008 Endesa Distribución reforzó su labor de comunicación a los consumidores conectados a sus redes de su obligación de disponer de un ICP, pero ello vendría justificado por el cambio normativo tras la entrada en vigor de la Orden ITC 1857/2008, que modificó el precio de alquiler de los ICP. Además, en estas comunicaciones habría ofrecido el alquiler, entrando en competencia con la comercializadora del Grupo.*
- *No puede concluirse que Endesa Distribución haya facilitado a su comercializadora el acceso a información privilegiada procedente de la actividad de distribución. En el presente caso, la información necesaria para proceder a ofrecer la venta e instalación de ICP es, en principio, accesible a todas las comercializadoras gracias al registro de la Base de Puntos de Suministro de la empresa distribuidora.*

(61) *Por otra parte, teniendo en cuenta que Endesa no ostentaría una posición de dominio en la comercialización de electricidad ni en la comercialización de ICP, el precio cobrado por la venta e instalación de los ICP a los consumidores finales, pese a tener un margen elevado (20 € por unidad, que suponen un 25% sobre el coste indicado por Endesa) no infringiría el artículo 2 de la LDC. Cuestión diferente es si, como se ha planteado, Endesa ha podido percibir dicho importe beneficiándose de una práctica desleal de engaño a los consumidores.*

(62) *A la vista de todo lo anterior, se concluye que no existen indicios de infracción del artículo 2 de la LDC.”*

14. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 13 de marzo de 2013.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Base jurídica y objeto. El artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que, *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”*.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, estipula que, *“Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.”*

En este expediente la DI, sobre la base de los preceptos citados, propone al Consejo la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas en el expediente S/0233/10, ENDESA ICP, por no apreciar en la fase de instrucción indicios de infracción de la mencionada Ley en los hechos analizados.

Por lo tanto, teniendo en consideración la normativa citada, el objeto de esta Resolución es determinar si, a la vista de la información disponible de la fase de información reservada, la propuesta elevada a este Consejo por el órgano de instrucción es conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Valoración. Los hechos puestos en conocimiento de la CNC por la Comisión Nacional de la Energía y por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, de las actuaciones de ENDESA corresponden al periodo previo al 1 de enero de 2010, fecha en la que entraba en vigor la obligación para el consumidor de disponer de un sistema de interruptores de control de potencia (ICP).

Los hechos denunciados han sido objeto de una completa información reservada por parte de la DI al objeto de determinar si en los mismos se apreciaban indicios de ser constitutivos de una infracción de los artículos 2 y 3 de la LDC. Para ello la DI analiza las siguientes posibles conductas susceptibles de constituir una infracción: (i) posible omisión de la obligación de ofrecer el ICP a los consumidores; (ii) posible difusión de información engañosa a los consumidores para llevarles a adquirir el ICP; (iii) posible cobro de un precio abusivo por el ICP; y (iv) posible actuación discriminatoria de Endesa Distribución en beneficio de su comercializadora para la venta de los ICP.

Tras la información reservada llevada a cabo, la DI concluye que en las conductas denunciadas no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

Por lo que se refiere a la actuación de la empresa ENDESA Distribución, la Di constata que en el escrito dirigido a sus clientes cuya instalación eléctrica no está dotada de ICP (folio 108), les comunica la obligación impuesta por la normativa de disponer de dicho elemento y la obligación que se le impone como distribuidora de

controlar que se cumple dicha obligación, en los términos que se recogen en el AH número 11. Asimismo y tal como le exigía la normativa, ofrece la doble posibilidad de alquiler o compra del ICP indicando a los consumidores la posibilidad de acudir a cualquier instalador autorizado. En línea con los informes de la CNE, tampoco aprecia la DI en la referida notificación realizada por ENDESA Distribución información engañosa, ni incumplimiento de la normativa sectorial. El Consejo coincide con la valoración de la DI.

Por lo que se refiere a la campaña de la comercializadora de ENDESA, Endesa Energía, dirigiéndose en Andalucía y Baleares a una serie de clientes para ofrecerles la instalación de ICPs, el Consejo considera que si bien hizo dichas ofertas bajo un logotipo de ENDESA que podía dar lugar a equivoco, analizadas las circunstancias concretas del caso, y al margen del número de cartas remitidas, en su conducta no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

En primer lugar el mercado en que se producen las actuaciones denunciadas de oferta de instalación de ICPs, sería un mercado de ámbito nacional, donde pueden ofertar, tanto los comercializadores de electricidad, como cualquier instalador eléctrico autorizado. Y en este mercado ENDESA no tiene posición dominante por lo que debe descartarse la posibilidad de abuso.

Y por lo que se refiere a la existencia de indicios de infracción del artículo 3 de la LDC por falseamiento de la libre competencia por actos desleales, según consta en el informe de la DI y confirman los informes de la CNE que no aprecian infracción de la normativa sectorial, la información de la situación de las instalaciones de los clientes sobre si disponían o no de ICP, estaba disponible para todas las comercializadoras de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1011/2009, en el registro de la Base de Puntos de Suministro de la empresa distribuidora, no habiéndose constatado por otra parte indicios de que la comercializadora del grupo haya tenido acceso a información privilegiada a través de la distribuidora del grupo ENDESA.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio,

RESUELVE

ÚNICO.- De conformidad con el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas seguidas con el número S/0233/10, ENDESA ICP por considerar que no hay indicios de infracción de los artículos 2 y 3 de la misma Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a denunciante y denunciados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.