

RESOLUCIÓN (Expt. 606/05, ASINEM-ENDESA)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente

D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal

D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal

D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

D. Julio Costas Comesaña, Vocal

D^a M^a Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 14 de diciembre de 2006

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Excmo. Señor Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado RESOLUCIÓN en el Expediente Sancionador 606/05 (número 2551/04 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado a virtud de la denuncia presentada por la Asociación de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y de Telecomunicaciones de Mallorca (ASINEM) contra Endesa Distribución Eléctrica SLU. (ENDESA), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1998 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- La ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE INSTALADORES ELECTRICISTAS DE MALLORCA (ASINEM) en escrito fechado el día 16 de Junio del 2004 dirigido al Muy Honorable Consejero de Comercio, Industria y Energía del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Folios 1 y siguientes) denuncia al Grupo Empresarial Endesa y concretamente contra la compañía Mercantil ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia acuerda el día 26 de Noviembre del 2004 "llevar a cabo una información reservada, como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediera",

por lo que requiere a ASINEM para que facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan (Folios 20 y siguientes):

1. Acreditación de la representación que ostenta el denunciante.
2. Ámbito territorial en el que actúa la Asociación.
3. Número total de instaladores electricistas en dicho ámbito, indicando cuántos de ellos pertenecen a la Asociación.
4. Mercado de producto en el que se producen las prácticas denunciadas.
5. Número de peticiones de servicio realizadas a ENDESA, en los últimos dos años:
 - a) por los miembros de la Asociación
 - b) por el resto de instaladores no asociados
6. Número de casos en los que ENDESA haya desplazado al instalador electricista solicitante en la realización de trabajos, en los últimos dos años.
7. Número de casos en los que, a pesar de la oferta de ENDESA para realizar los trabajos, el cliente haya elegido por su cuenta un instalador, también en los últimos dos años.
8. Indicar quiénes son los terceros con los que la denunciada subcontrata los trabajos a realizar (según el Hecho Segundo de su escrito), y, en su caso, detallar cuántos de los instaladores asociados han sido requeridos en alguna ocasión por ENDESA para llevar a cabo dichos trabajos, también en los últimos dos años.
9. Describir las actividades que desarrollan los instaladores electricistas, indicando si pueden realizar por sí mismos todos los trabajos necesarios para dar servicio a un cliente, o bien tienen que subcontratar con terceros alguna o algunas operaciones (p. ej., obra civil u otras).
10. Normativa que regule la actividad de los instaladores electricistas.

ASINEM en escrito fechado el día 13 de Diciembre del 2004 (Folios 22 y siguientes) contesta al requerimiento.

TERCERO.- El Servicio de Defensa de la Competencia dicta Providencia el día 31 de Enero del 2005, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del Artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia, en la que acuerda “la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 6, que quedará registrado con el número 2551/04”, que fue notificada a las partes.

El Servicio de Defensa de la Competencia dicta Providencia el día 15 de Marzo del 2005 (Folios 49 y siguientes) en la que acuerda oficiar a ENDESA DISTRIBUCIÓN SLU., solicitándole la siguiente información:

1.- Describir el proceso de petición de servicio de energía eléctrica a ENDESA, detallando:

- quién puede (o debe) efectuar la solicitud (cliente, instalador, tercero).
- con qué requisitos.
- informes técnicos y económicos que emita ENDESA relativos a la petición, indicando a quién se los comunica (solicitante, instalador o a ambos) y cuánto tarda en hacerlo.
- plazo en el que ENDESA aprueba la solicitud.

2.- Trabajos que sean necesarios para llevar a cabo el servicio (instalaciones, obra civil, montajes, etc.) detallando:

- cuáles pueden ser efectuados por los instaladores eléctricos.
- de cuáles de ellos se reserva ENDESA la ejecución, indicando expresamente los motivos para esa reserva y los criterios para establecer que determinados trabajos sólo pueda efectuarlos ENDESA y no cualquier instalador eléctrico.

3.- En el supuesto anterior de que ENDESA se reserve la ejecución de determinados trabajos, indicar:

- si los realiza por sí misma, con sus propios medios.
- si los subcontrata con terceros, detallar cómo se realiza la adjudicación.
- en caso de que dichos terceros sean instaladores electricistas señalar cuál es la cualificación (distinta a la de otros instaladores) exigida a éstos para poder efectuar los trabajos reservados.

4.- Indicar el número de peticiones de servicio de energía eléctrica cursadas a ENDESA durante los años 2002 a 2004 en Mallorca, señalando:

- si en todos los casos ENDESA se ha dirigido al cliente ofreciéndole un presupuesto para ejecutar los trabajos correspondientes.
 - número de casos en los que ENDESA haya conseguido hacerse con la realización de dichos trabajos (para ejecutarlos por sí misma, o a través de subcontratas).
 - facturación obtenida por ENDESA por la ejecución de dichos trabajos.
- (Todo lo anterior, deberá desglosarse para cada uno de los años indicados).

El día 24 de Febrero del 2005, ENDESA DISTRIBUCION SLU., presenta ante el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de alegaciones (Folios 53 y siguientes) al que acompañan treinta y tres documentos.

Por su parte, ASINEM en escrito fechado el día 5 de Abril del 2005 procede a contestar al punto 9º del requerimiento que se le hiciera mediante Providencia.

A su vez, ENDESA en escrito fechado el día 27 de Abril del 2005 da cumplimiento al requerimiento (que nuevamente se le reitera el día 18 de Abril) obrante a los Folios 106 y siguientes.

CUARTO.- ASINEM en escrito fechado el día 17 de Junio del 2005 formula una serie de alegaciones a las manifestaciones formuladas por Endesa Distribución SLU (Folios 222 y siguientes).

QUINTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia dicta Providencia el día 28 de Junio del 2005 (folios 234 y siguientes) en la que acuerda oficiar a Endesa Distribución SLU., solicitándole la siguiente información:

1.- En la respuesta Primera se habla de un *“documento o impreso estándar”* cuyos diferentes campos se deben cumplimentar para efectuar la petición de suministro de energía eléctrica a ENDESA:

- a) La presentación de dicho impreso por el solicitante ¿viene impuesta normativamente o es un requisito particular de ENDESA?
- b) Los datos obtenidos a partir de dicha solicitud ¿se comunican o comparten con otros departamentos de la empresa u otras filiales de ENDESA o empresas del grupo? ¿A cuales y con qué objeto?

2.- En la respuesta Segunda, se hace referencia a trabajos cuya ejecución se reserva ENDESA *“en condiciones especiales”*, *“por razones de seguridad”*, pero cuya realización corresponde *“a casos puntuales, sin generalización alguna”*. Indique:

- a) Desde cuándo viene efectuando ENDESA esta reserva de ejecución de trabajos.
- b) Detalle de los trabajos que se reserva ENDESA, exponiendo las razones por las que se consideran especialmente complicados o peligrosos y si su realización requiere una cualificación o preparación específica que no poseen la generalidad de los instaladores electricistas.
- c) Número de instalaciones cuya ejecución se haya reservado ENDESA en el periodo 2002-2004 y la facturación que representan, desglosándolo para cada año.

3.-En la respuesta Tercera, se dice que *“La subcontratación de trabajos se realiza mediante un concurso al que son invitadas empresas...”*, indicándose a continuación las exigencias requeridas a las empresas concursantes. Explique:

- a) Desde cuándo ENDESA empezó a contratar con empresas instaladoras.

- b) Razones para convocar un concurso restringido.
- c) Criterios de selección de empresas previa al concurso.
- d) Si se comunica la convocatoria a la Asociación de instaladores.
- e) Las exigencias requeridas a las empresas concursantes ¿son distintas o superiores a las que deben cumplir la generalidad de las empresas instaladoras para poder desarrollar su actividad profesional?
- f) Número de empresas instaladoras que trabajan para ENDESA, detallando su evolución desde 2002 a la actualidad.

4.- En la respuesta Cuarta, se indica que *“En el resto de las peticiones de suministro, (...), por la compañía distribuidora se elaboran las condiciones técnico-económicas necesarias para la ejecución por cuenta del solicitante de las instalaciones necesarias, y en algunos casos se envía el correspondiente presupuesto de ejecución...”*. Explique:

- a) Criterio seguido por ENDESA para enviar o no al solicitante el presupuesto de ejecución de instalaciones.
- b) Si tiene lugar alguna actuación por parte de personal comercial de ENDESA ante el cliente, simultánea o posteriormente a la remisión a éste del citado presupuesto.
- c) Si el importe correspondiente al *“Volumen de facturación de Endesa en el periodo”* debe entenderse integrado por los que correspondan a los conceptos *“Acometidas de ejecución obligatoria por la compañía distribuidora, aplicación estricta del baremo previsto en el art. 47 R.D. 1955/2000”* y *“Nº de presupuestos aceptados de los anteriormente comunicados”* En caso afirmativo, desglose el importe para cada uno de los conceptos, para cada año del periodo 2002-2004. En caso negativo, indique los conceptos a que corresponda el *“Volumen de facturación...”*

Y por medio de otra Providencia dictada el mismo día, acuerda oficiar a ASINEM, solicitándole la siguiente información:

1.- Especifique la normativa que, según se afirma en su escrito, obliga a los instaladores electricistas a presentar a ENDESA la solicitud de suministro en un determinado impreso y con unos determinados datos.

2.- Detalle los trabajos que ENDESA se reserva por motivos de seguridad. Explique cuál sería la especial dificultad o peligrosidad que pudieran revestir, si efectivamente la tienen en comparación con otros también necesarios para la instalación, o, en su opinión, la razón por la que no podría atribuírseles tales características.

3.- Indique desde qué fecha viene ENDESA reservándose la ejecución de determinados trabajos por motivos de seguridad, y si, antes de esa fecha,

ENDESA diferenciaba estos trabajos de cualesquiera otros necesarios para efectuar las instalaciones eléctricas, exigiendo para su realización una cualificación especial a los instaladores.

4.- Una vez que ENDESA comunica el presupuesto de la instalación al cliente y al instalador solicitante, este puede, a su vez, proponer un presupuesto al cliente. Remitir presupuestos ofertados por los instaladores electricistas a los clientes (acompañados de los correspondientes presupuestos de ENDESA). Como base de comparación, utilizar los presupuestos de ENDESA adjuntados al escrito presentado por ésta el 18-03-2005 y de los cuales tienen Vds. copia (independientemente de que puedan Vds. aportar otros que estimen convenientes).

SEXTO.- ENDESA DISTRIBUCION SLU., en escrito fechado el día 11 de Julio del 2005 (Folios 249 y siguientes) da cumplimiento al requerimiento que se le hiciera. E igual hace ASINEM en escrito fechado el día 7 de Julio del 2005 (Folios 259 y siguientes).

Con posterioridad y en concreto los días 21 de Septiembre y 4 de Octubre del 2005, ENDESA DISTRIBUCION SLU., presenta sendos escritos ampliatorios a la solicitud de información hecha por el Servicio de Defensa de la Competencia (folios 297 y siguientes).

SÉPTIMO.- El Servicio de Defensa de la Competencia dicta Providencia el día 15 de Noviembre del 2005 (Folios 323 y siguientes) formulando pliego de concreción de hechos, que es notificado a las partes.

El día 20 de Diciembre del 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia emite Informe en el que propone “considerar que la actuación de Endesa Distribución SLU., infringe lo dispuesto en el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia” y, según lo dispuesto en el Artículo 37.3 propone al Tribunal de Defensa de la Competencia dicte Resolución: declarando que de lo actuado en el presente expediente resulta acreditada la existencia de una conducta prohibida por el Artículo 6; adoptando lo demás pronunciamientos previstos en los Artículos 9, 10 y 46.

II.- ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- Este Tribunal en Providencia dictada el día 30 de Diciembre del 2005 acuerda su admisión a trámite, con el número 606/05, nombrando Ponente, ponerlo de manifiesto a los interesados por el plazo de quince días, según dispone el Artículo 40.1 de dicha Ley.

ASINEM en escrito fechado el día 17 de Enero del 2006 manifiesta que “esta parte no va a proponer más prueba que la obrante en el expediente administrativo”.

Por su parte, ENDESA DISTRIBUCION SLU., en escrito fechado el día 3 de Febrero del 2006 propone una documental, pericial y la celebración de vista de acuerdo con el Artículo 41 de la Ley de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Este TRIBUNAL el día 21 de Marzo del 2006 dicta Auto de admisión de prueba y vista en el que expresamente ACUERDA:

PRIMERO.- ACCEDER a la pretensión de la ASOCIACIÓN DE EMPERSARIOS DE INSTALACIONES ELECTRICAS DE MALLORCA (ASINEM) de tener por reproducida la totalidad de documentos que conforman la denuncia y el expediente.

SEGUNDO.- ACCEDER y unir al expediente la prueba documental aportada por ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., (ENDESA) consistente: en el ejemplo de un Proyecto completo de ejecución de una red de distribución de baja tensión; así como del listado de la relación de redes de distribución de baja tensión correspondiente al primer semestre del año 2005.

Así como la remisión de Oficio a la Dirección General de Energía de la Consejería de Comercio, Industria y Energía del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, al que acompañará, previo desglose, el listado de la relación de redes de distribución de baja tensión correspondiente al primer semestre del año 2005.

Y NO ACCEDER a la prueba pericial propuesta.

TERCERO.- DECLARAR que no ha lugar a la celebración de Vista Oral, al no ser unánime su petición, además de contraerse la discusión a la aplicación de preceptos normativos.

Que se comunica al Servicio de Defensa de la Competencia y se notifica a los interesados.

TERCERO.- Este TRIBUNAL el día 22 de Mayo del 2006 dicta Providencia para valoración de la prueba practicada, que se notifica a las partes interesadas.

ENDESA DISTRIBUCION SLU., en escrito fechado el día 5 de Junio del 2006 formula una serie de alegaciones, del tenor literal que consta en el citado escrito.

Por su parte, ASINEM lo hace mediante escrito fechado el día 7 de Junio.

CUARTO.- Este TRIBUNAL el día 12 de Junio del 2006 dicta Providencia de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 41.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, poniendo de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen escrito de conclusiones.

ASINEM presenta escrito de conclusiones con fecha 29 de Junio y ENDESA DISTRIBUCION SLU., lo hace con fecha 4 de Julio.

QUINTO.- EL PLENO del Tribunal deliberó y falló este asunto en las Sesiones celebradas los días 23 de noviembre y 4 de diciembre de 2006.

SEXTO.- Son interesados en este Expediente:

- Asociación de Empresarios de Instalaciones Eléctricas de Mallorca (ASINEM)
- Endesa Distribución Eléctrica SLU. (ENDESA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente expediente sancionador se inicia a virtud de denuncia de la ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE INSTALADORES ELECTRICISTAS DE MALLORCA (ASINEM) contra el Grupo Empresarial Endesa y concretamente contra ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., por supuesta infracción de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia “consistente en un abuso de posición dominante” partiendo de la realidad de ser la entidad mercantil denunciada una “empresa suministradora de energía eléctrica con carácter exclusivo”, que realiza actividades íntimamente relacionadas con su actividad principal, bien directamente, bien a través de subcontrataciones con terceras empresas pertenecientes a los distintos sectores, en algunos casos en competencia aparentemente leal y en la mayoría haciendo uso de la información privilegiada con la que cuenta, dada su condición de empresa suministradora –en régimen de exclusiva– de energía eléctrica en el mercado balear, con una técnica comercial de muy dudosa ética y lealtad.

Manifiesta la denunciante que “no es objeto de denuncia la situación de dominio que pueda tener ENDESA en el suministro eléctrico, sino el abuso de posición dominante, ya que difícilmente es defendible (a) el hecho que pueda ejecutar las instalaciones eléctricas aprovechándose de la información privilegiada que le facilitan los instaladores electricistas y (b) la habilidad

comercial para convencer a los clientes, alegando una peligrosidad, con fines única y exclusivamente comerciales de captación de presupuestos y de clientes”.

Y concluye que “es preciso distinguir que la normativa no prohíbe la situación de dominio, sino el abuso de la misma” (Artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia).

Y finaliza diciendo que “es evidente que estamos ante la presencia por parte de la denunciada de una ventaja sustancial sobre el instalador electricista que distorsiona el mercado, pues la denunciada es juez (concede la aprobación del suministro de energía eléctrica) y parte (actúa como empresa comercial y de instalaciones eléctricas, que obtiene el cliente a través de la información privilegiada que le proporciona el instalador electricista, a partir de la necesaria <petición de suministro de energía eléctrica>).

Por ello, “la denunciada debería mantener una conducta absolutamente neutral en estos casos, no pudiendo transmitir los datos técnicos de las peticiones de suministro de energía eléctrica a su Departamento Comercial, ni a sus subcontratados o filiales y mucho menos contratar, directa o indirectamente, los trabajos relacionados en las referidas peticiones de suministro de energía eléctrica”.

El Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe establece los siguientes HECHOS PROBADOS:

1. La denunciada, ENDESA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA, S.L.U. (en lo sucesivo, ENDESA), es una empresa que opera en el mercado de la distribución y suministro de energía eléctrica en la isla de Mallorca en régimen de práctico monopolio (solamente opera otra distribuidora en los municipios de Soller y Fornalutx, cuyas redes de distribución son propiedad del grupo El Gas, S.A.; el resto de la red de distribución corresponde a ENDESA, que también dispone de las plantas generadoras).
2. La denunciante, ASINEM, es una asociación de empresas de instalaciones eléctricas que agrupa a 546 de las 650 empresas de instalaciones eléctricas censadas en Mallorca (esto es, un 84%).
3. Los interesados en obtener el suministro de energía eléctrica deben efectuar las peticiones a ENDESA cumplimentando un impreso estándar (fol. 115 y 124 a 127) en el que figurarán los datos del cliente, del instalador electricista, del solicitante (que en la mayoría de los

casos coincidirá con el instalador) y la localización del punto de suministro (fol. 53 vlt., 108 y 117).

4. Para atender el suministro solicitado, en general es preciso realizar previamente una serie de trabajos que, en conjunto, reciben la denominación de acometida. Dentro de las acometidas hay que distinguir aquéllas cuya ejecución corresponde obligatoriamente a la compañía distribuidora -y por las cuales tiene derecho a percibir una determinada cuota predeterminada legalmente (v. art. 44, 45 y 47 R. D. 1955/2000)-, y aquellas otras que el solicitante o propietario “realizará a su costa” o “deberá ejecutar (o completar) a su costa de acuerdo tanto con las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias, como con las establecidas por la empresa distribuidora”, según indica expresamente la norma (v. art. 45 R. D. 1955/2000).
5. En otras ocasiones el trabajo requerido es el denominado enganche (“operación de acoplar eléctricamente la instalación receptora a la red de la empresa distribuidora, quien deberá realizar esta operación bajo su responsabilidad”), por el cual el consumidor deberá abonar a la empresa distribuidora el correspondiente derecho, también prefijado legalmente (v. art. 50 R. D. 1955/2000).
6. Tras la recepción por ENDESA de la petición mencionada en el punto 3, la distribuidora remite sendas cartas al solicitante (que suele ser un instalador electricista) y al cliente. En ellas indica siempre el punto de conexión, así como la cuota o derecho de extensión en caso de que se trate de acometidas a realizar obligatoriamente por la compañía distribuidora. En el periodo 2002-2004 las acometidas a realizar obligatoriamente por la compañía distribuidora representaron aproximadamente el 40% del total de las peticiones anuales de suministro [v. Anexo 1, columna **o/o+a**].

En los supuestos de acometidas cuya ejecución corre a cargo del cliente, además de indicar el punto de conexión, ENDESA también remite en algunos casos un presupuesto de ejecución para los trabajos que deben realizarse. Así, en el periodo 2002-2004 remitió presupuestos para entre el 16% y el 21% de los casos [v. Anexo 1, columna **b/a**].

En esas ocasiones, ENDESA hace una oferta para la ejecución de las instalaciones por sí misma (para lo cual cuenta con empresas subcontratadas), detallando el correspondiente presupuesto, o anunciando la remisión posterior del mismo “por si desea que éstas sean efectuadas por Gesa-Endesa”. En algunos casos esta información

es facilitada personalmente al cliente por un comercial de ENDESA. Aunque en su escrito ENDESA ofrece la posibilidad de que sea el cliente el que realice por su cuenta las instalaciones, en ocasiones se reserva la ejecución de determinados trabajos “por razones de seguridad”. Dichos trabajos se realizan tanto con personal propio de ENDESA como con personal subcontratado.

7. Entre los trabajos necesarios para llevar a cabo el servicio (fol. 109 a 110 y 118 a 119) ENDESA distingue dos fases:

- La primera y más importante en cuanto a duración y presupuesto económico, consiste en la construcción de las instalaciones eléctricas de extensión de la red, desde el punto de conexión existente hasta el punto de suministro. Estos trabajos puede realizarlos cualquier instalador eléctrico autorizado según el Reglamento de Baja Tensión, o instalador con carné habilitado por la Dirección General de Industria cuando se trate de instalaciones en Alta Tensión.
- La segunda fase, de mucha menor duración y presupuesto económico, consiste en la conexión o unión física de las instalaciones construidas en la primera fase con la red de servicio de la empresa distribuidora. Basándose en esto, ENDESA se reserva la ejecución, en condiciones especiales, de aquellos trabajos que denomina “en descargo” (los que precisan la interrupción de suministro a usuarios de energía eléctrica), o que deben hacerse en tensión afectando a instalaciones de la compañía en servicio y/o que requieran la utilización de procedimientos específicos de trabajo y personal cualificado expresamente para ello.

8. En el periodo 2002-2004 la oferta de ENDESA para ejecutar por sí misma los trabajos ha sido aceptada por los clientes en un 64,6% de los casos (valor medio, con un máximo del 78,42% en 2003, [v. Anexo 1, columna **c/b**]). El volumen de facturación de ENDESA correspondiente a estos trabajos se ha ido incrementando cada año, representando un 10,22% (2002), un 18,59% (2003) y un 33,71%(2004), respecto al importe total del conjunto de las instalaciones [v. Anexo 1, columna **d/d+e**], según puede observarse en la tabla que se adjunta como anexo.

ANEXO 1

PETICIONES DE SUMINISTRO A ENDESA (fol. 112 a 114)

	2002				2003				2004			
Peticiones de suministro, de las cuales (p) ¹ :	9.175				10.862				10.070			
		o/o+a %				o/o+a %				o/o+a %		
• Acometidas de ejecución obligatoria por la compañía (o)	3.395	39,59			3.939	39,91			3.717	41,30		
		b/a (%)	c/b (%)	c/a (%)		b/a (%)	c/b (%)	c/a (%)		b/a (%)	c/b (%)	c/a (%)
• Acometidas de ejecución obligatoria por el cliente [a]	5.180				5.931				5.284			
De estas últimas, nº de respuestas en las que, ENDESA, ha indicado un presupuesto de ejecución [b]	1.096	21,16			992	16,73			1.069	20,23		
Nº de presupuestos aceptados de los anteriormente comunicados [c]	597		54,47	11,53	778		78,42	13,12	666		63,30	12,60
		d/d+e (%)				d/d+e (%)				d/d+e (%)		
Volumen de facturación de ENDESA en el periodo (€) [d]	1.386.000	10,22			2.140.000	18,59			4.263.000	33,71		
Volumen económico de las instalaciones no realizadas por ENDESA (€) [e]	12.171.000				9.369.000				8.382.000			

1: Las cifras de la fila (p) no se corresponden con la suma de las cantidades reflejadas en las filas (o) y (a) ya que, como señala ENDESA, en enero se contestan solicitudes del año anterior y en diciembre se reciben solicitudes que serán contestadas el año siguiente, además de que se producen anulaciones y duplicidades a lo largo del año (fol. 299). Por ello, el porcentaje que figura en la columna o/o+a es el correspondiente a la suma total de las solicitudes efectivamente contestadas en cada año.

SEGUNDO.- Por su parte, la ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE INSTALADORES ELECTRICISTAS DE MALLORCA (ASINEM) reconoce como hechos ciertos e indubitados, con el valor de doctrina de actos propios, y en respuesta al requerimiento que le hiciera el Servicio de Defensa de la Competencia en Providencia 26 de Noviembre del 2005, los siguientes:

1º en la Isla de Mallorca existen dadas de alta unas 650 empresas de instalaciones eléctricas inscritas en el Registro de la Dirección General de Industria, dependiente de la Consejería de Industria del Gobierno de les Illes Balears, de las cuales en número de 546 están asociadas a ASINEM.

2º de todas las peticiones de servicio realizadas a Endesa por cualquiera de los posibles interesados (promotores, arquitectos, ingenieros, instaladores, etc) en los dos últimos años –que se estiman en unas 40.000– se desconoce el número de peticiones efectuadas directamente por el colectivo de instaladores electricistas.

No obstante, interesa destacar y cabe distinguir que la denuncia objeto del expediente se refiere no a todas las peticiones de servicio en general, sino a aquellas que generan un trabajo adicional de montaje eléctrico exigido por Endesa a cargo del promotor susceptible de ser presupuestado y especialmente las citadas en el punto cuarto de este escrito (es decir, las instalaciones eléctricas destinadas a redes de distribución de media y baja tensión, así como los centros de transformación) estimándose estas últimas en unas 4.000 aproximadamente en los dos últimos años, de las cuales aplicando la proporcionalidad del número de empresas asociadas o no, establecidas (esto es, unas 650 inscritas en el Registro y asociadas unas 546) resultarían unas 3.380 las peticiones de servicio efectuadas por miembros de la Asociación y unas 640 las peticiones de servicio efectuadas por el resto de instaladores no asociados.

3º contestando al Servicio de Defensa de la Competencia en orden “al número de casos en los que Endesa haya desplazado al instalador electricista solicitante en la realización de trabajos, en los dos últimos años” contesta la ASOCIACIÓN literalmente que “este dato no se puede conocer con exactitud, por no tener acceso a ellos y por las dificultades encontradas para que las empresas asociadas los aporten, dado el temor generalizado a posibles represalias de GESA-ENDESA en el futuro, como pueden ser retrasos en tramitaciones, incremento en el número y celo de las inspecciones, etc.

4º los subcontratistas de Endesa suelen ser empresas instaladoras, asociadas o no. A título enunciativo y con carácter no exhaustivo, podríamos citar: Cobra, Elecnor, Elimsa y los Puntos de Servicio.

ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., a su vez, contestando al requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia establece los siguientes extremos:

1º las peticiones de suministro de energía eléctrica que se nos hacen, se efectúan mediante un documento o impreso estándar (se acompaña copia) en el que constan diferentes campos a cumplimentar, tales como: fecha en que se formula; suministro o servicio que se solicita; identificación del solicitante y su representante, caso de ser distinto al anterior; punto de suministro; potencia solicitada; uso o destino del suministro. Cuando es preciso se acompañan planos de la instalación.

Ante las solicitudes se comunican al solicitante y representante las condiciones técnico-económicas previstas en el Artículo 103 A del Real Decreto 1955/2000. La comunicación se hace a ambos (cliente y representante) de manera simultánea, con observación de los plazos

reglamentarios previstos en el mencionado Real Decreto, resultando un plazo medio de contestación en el año 2004 de 4,7 días.

2º los trabajos a realizar abarcan dos fases: la primera de ellas y la más importante en cuanto a duración y presupuesto económico, consiste en la construcción de las instalaciones eléctricas de extensión de la red, desde el punto de conexión existente hasta el punto de suministro. Estos trabajos pueden realizarlos cualquier instalador eléctrico autorizado, según lo dispuesto en el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión; o un instalador con carné habilitado por la Dirección General de Industria cuando se trate de instalaciones en Alta Tensión.

La segunda fase, de mucha menor duración y presupuesto económico, consiste en la conexión o unión física de las instalaciones construidas en la primera fase con la red en servicio de la empresa distribuidora. Por ello, Endesa se reserva la ejecución, en condiciones especiales, de aquellos trabajos que deban realizarse sobre instalaciones que requieren un régimen de trabajos “en descargo”, es decir, que precisan la interrupción del suministro a usuarios de energía eléctrica; o bien que deben hacerse en tensión, afectando a instalaciones de la compañía en servicio. Ambos supuestos, además de afectar equipos e instalaciones de la compañía distribuidora, requieren la utilización de procedimientos específicos de trabajo y deben realizarse, además, con personal cualificado expresamente para ello. Tal circunstancia viene motivada por razones de seguridad en la explotación del servicio de suministro eléctrico a los clientes y por comportar un riesgo en la continuidad y calidad del mismo.

3º aquellos trabajos que Endesa se ha reservado, puntualmente, se realizan tanto con personal propio como subcontratado, cumpliendo en ambos casos con las condiciones, procedimientos y cualificaciones necesarias.

Las subcontrataciones de trabajos se realizan mediante un concurso al que son invitadas empresas, con la adecuada solvencia técnica y económica para la ejecución de los citados trabajos, que posteriormente se materializará en contratos de servicios de carácter plurianual.

A todas las empresas concursantes se les exige: solvencia técnica; solvencia económica; plan de seguridad; cumplimiento de la norma ISO 9000; seguro de responsabilidad civil; avales; cursos de homologación de los operarios; habilitación para trabajos específicos en AT y BT; formación continuada; aceptación de las condiciones de ejecución de descargos y trabajos en tensión; capacitación para la realización de trabajos en régimen de descargo y en tensión.

TERCERO.- Sentado todo lo anterior, es obvio que en el presente expediente coexisten dos mercados. El primero de ellos es el propio de la distribución del servicio de energía eléctrica, que por imperio de la Ley compete en exclusiva a la entidad mercantil denunciada Endesa Distribución Eléctrica SLU. Hecho éste cierto e indubitado, que la totalidad de las partes se aquietan en su reconocimiento y que, en todo caso, no es parte de la denuncia interpuesta.

Un segundo mercado es el de las instalaciones eléctricas necesarias (de acometida, enganche, conexión, etc.) que viene solicitado bien de forma directa por los clientes-consumidores-usuarios, bien por las compañías instaladoras autorizadas administrativamente para ello.

Es en este segundo mercado conexo con el anterior en donde se produce una clara, evidente y notoria vulneración de lo dispuesto en nuestras normas de competencia.

Debemos partir de la inexistencia de discriminación, así como la necesidad que la distribuidora tiene (en algunos trabajos) de reservarse las obras por razones de seguridad, no es menos cierto que “dado el conocimiento de los trabajos a realizar en las peticiones de suministro que le elevan lo futuros clientes, bien de forma personal, bien por medio de instaladores autorizados” si bien los saca a concurso de terceros, no es menos cierto que se reserva selectivamente una serie de trabajos, que son incardinables en la teoría de los mercados conexos; esto es, partiendo de una posición de dominio que le posibilitan las normas legales (distribuidor exclusivo en el servicio de energía eléctrica) se incorpora en régimen de exclusividad, siquiera sea ésta parcial y selectiva, en el campo de las instalaciones de acometida, conexión, etc., que le hacen llegar, para desde ese momento quedarse con esa parte del mercado que, bien por su dimensión, bien por su importe, bien por cualesquiera otras razones, le resulta interesante a sus fines.

Ello es deducible, no sólo del cuadro establecido por el Servicio de Defensa de la Competencia, sino de los propios datos aportados por ENDESA relativos a los años 2002, 2003 y 2004. En los mismos, partiendo de las peticiones de suministro recibidas (9.175, 10.862 y 10.070) queda acreditado que Endesa se reserva un 30% (más menos) de dichos trabajos de instalación, sin perjuicio de dejar en manos del mercado de instalación el otro 70%.

Ítem más, el Tribunal entiende procedente adicionar al cuadro presentado por el Servicio de Defensa de la Competencia dos nuevas columnas como iter necesario y concluyente, siguientes

Facturación media por servicio realizado por ENDESA [d]/[c]	2.321,6		2.750,6		6.400,9	
Facturación media por servicio realizado por instaladores ajenos a ENDESA [e]/[a-c]]	2.655,7		1.818,2		1.815,1	

De esta forma, Endesa estaría abusando de su posición de dominio al ofertar el servicio de extensión y acometida de las instalaciones en el mismo momento que la Ley le obliga a suministrar la información técnica correspondiente al cliente. Se trata de una conducta que sólo Endesa puede llevar a cabo, dada su posición privilegiada que se deriva tanto de los preceptos legales correspondientes en materia de envío de la información técnica necesaria como de su propia posición en el mercado de suministro de energía eléctrica. Endesa aprovecha esa posición privilegiada para ofertar dichos servicios a sus clientes en un momento en el que éstos serán especialmente sensibles a esta oferta dado que proviene de su suministrador de electricidad que es, al mismo tiempo, la empresa que proporciona la información técnica relativa a las instalaciones necesarias a acometer.

El resto de empresas que prestan los servicios de acometida y extensión de las instalaciones en competencia con las subcontratadas de Endesa no se encuentran, ni tienen posibilidad de hacerlo, en una situación mínimamente equiparable a la de Endesa a la hora de acercar sus ofertas comerciales a los clientes. Es cierto que Endesa dispone de la información técnica relevante para la prestación de estos servicios, fruto de las previsiones contenidas en la normativa correspondiente y, por tanto, más allá de su voluntad, pero ello no es óbice para que pueda utilizar dicha información sin restricción alguna.

Endesa, como todos los operadores dominantes, tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de condiciones de competencia en los mercados en los que ostenta dicha posición de dominio. Esta especial responsabilidad se traduce en este caso en la imposibilidad de actuar de tal forma que impida al resto de operadores presentes en el mercado correspondiente (el de la prestación de servicios de acometida y extensión de las instalaciones) poder competir con ella en una situación de mínima igualdad de condiciones. Estos operadores independientes ni disponen de la oportunidad de Endesa para hacer llegar sus ofertas a los clientes en el momento en el que se les informa de los requisitos técnicos de las instalaciones, ni ostentan una posición de referencia como suministrador dominante de electricidad en este mercado. Estas circunstancias obligan a Endesa a ser especialmente cuidadoso en su actuar para no distorsionar las condiciones de competencia de los mercados afectados. Cosa que, a juicio de este Tribunal, no ha hecho al aprovechar la oportunidad de informar a sus

clientes de los requisitos técnicos necesarios para, en ese mismo momento, no inocho en términos comerciales, presentar una oferta para la prestación de los servicios correspondientes.

Por ello, debe concluirse que la actuación analizada constituye un abuso de posición de dominio dado que de la misma se deriva una distorsión de las condiciones de competencia en el mercado afectado que otorga a Endesa una ventaja competitiva imposible de replicar para el resto de competidores en dicho mercado. Todo ello partiendo de la posición privilegiada que le otorga su posición como único suministrador de energía eléctrica y como remitente de la información técnica relativa a los trabajos de extensión y acometida a desarrollar.

Es cierto que este tipo de conductas no figura entre los ejemplos de abuso que incluye el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ni tampoco en los previstos por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, pero no debe olvidarse que ese listado tiene un carácter meramente de ejemplos y, por tanto, debe interpretarse como una lista abierta de posibles conductas abusivas pero que, en ningún caso, agota todas las posibilidades de calificar una conducta de un operador dominante como abusiva. Al contrario esta calificación obedecerá más bien a los efectos de la misma en el mercado, probables o constatados, bien en términos de explotación de los consumidores bien en términos de expulsión u obstaculización a la entrada de nuevos competidores o a la expansión de los ya existentes. Es decir, podría decirse que conductas como la analizada en este expediente se encuentran cubiertas por la cláusula general de la figura del abuso de posición de dominio independientemente de su ausencia específica en el listado incluido en el artículo 6 LDC.

Por otro lado, los efectos anticompetitivos de esta conducta abusiva no son inochos si tenemos en cuenta que Endesa no hacía estas ofertas a cualquier cliente sino, en particular, a aquéllos comercialmente más rentables lo que explica el constante e importante incremento en los niveles de facturación durante los años 2002, 2003 y 2004. Aunque en términos cuantitativos la conducta de Endesa haya tenido efectos tangibles en alrededor del 30% del mercado, las cifras de facturación muestran que se trata de la parte del mercado más interesante desde el punto de vista comercial.

CUARTO- El Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia atribuye al Tribunal la facultad de poder imponer a los infractores de la Ley multas de hasta la suma de 901.518,16€, con la posibilidad de ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas del ejercicio anterior a la Resolución del Tribunal.

Según los datos aportados por la entidad mercantil denunciada, previamente recogidos en esta Resolución, en lo atañente al año 2002 se cifra como “volumen de facturación el de € 1.386.000”; en el año 2003 “el volumen de facturaciones de € 2.140.000”; y en el año 2004 “el volumen de facturación es el de € 4.263.000”. El Tribunal no ha considerado incluir el montante de 1.177.000€ que reseña Endesa como percibidos en este último periodo “al corresponder a un solo suministro de una subestación de energía eléctrica”, dado su carácter puntual y único, a la par que dichos trabajos se incardinan en los propios de la entidad distribuidora (servicio público).

Las cifras de facturación de Endesa en el período 2002-2004 dan idea del elevado beneficio obtenido por la infractora a través de la conducta abusiva. Si bien el criterio del beneficio obtenido no se encuentra entre los incluidos por el artículo 10 LDC a la hora de valorar la cuantía de la multa a imponer, sí se trata de uno de los principios contemplados por la Ley 30/1992 (artículo 131.2) por lo que se ha tenido en cuenta por este Tribunal en el momento de la imposición de la multa correspondiente. El importe de la sanción impuesta es suficientemente proporcional al enriquecimiento sin causa obtenido por la distribuidora; y habida cuenta de la prestación de servicios selectivos, continuados en el tiempo y que aún perduran y afectatorios a un mercado o ámbito geográfico concreto (Isla de Mallorca), partiendo de su situación de monopolista exclusivo en el mercado de la distribución.

Otro criterio que ha considerado este Tribunal como agravante de la multa a imponer es el de la duración de la conducta que, como mínimo, se ha extendido a tres años y, en todo caso, no consta en el expediente que la empresa infractora haya dejado en algún momento de llevar a cabo esta práctica.

Por otro lado, en relación con el criterio de modalidad y alcance de la restricción de la competencia previsto por el artículo 10 LDC, este Tribunal considera que la práctica analizada en este expediente es una de las más dañinas para el funcionamiento de la libre competencia en la medida que se lleva a cabo desde una posición, no ya de dominio, sino de monopolio y que el abuso no se lleva a cabo en ese mercado sino que la influencia de la posición privilegiada de la infractora en el mercado que monopoliza se utiliza para obtener una ventaja competitiva en un segundo mercado.

Respecto a la cuota de Endesa en el mercado en el que se lleva a cabo la conducta abusiva, ésta, como se ha señalado en la Resolución, ronda el 30%; cifra que, en principio, no parece excesivamente elevada, pero, sin embargo, debe recordarse que se trata de la parte del mercado

comercialmente más rentable como pone de manifiesto el ritmo de incremento de la facturación de la infractora en dicho mercado: en el período 2002-2004 observa un aumento superior al 200% al pasar de facturar 1,4 millones de euros en 2002 a 4,3 millones de euros en 2004.

Por todo lo anterior, este Tribunal considera oportuno imponer una multa a la empresa infractora por valor de 900.000 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

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.

CUARTO.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, en uno de los diarios de ámbito nacional y en uno de los diarios provinciales, distinto del anterior, en el plazo de dos meses. Publicación que se hará a expensas de ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa de EUROS SEISCIENTOS (€ 600), por cada día de retraso.

QUINTO.- ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación.