



RESOLUCIÓN

Expte. 2797/07 FECSA/ENDESA

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 2 de julio de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 2797/07 FECSA/ENDESA, que trae causa de la denuncia presentada por el Director General de Política Energética y Minas en el que informaba de posibles prácticas restrictivas de la competencia contrarias al Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), realizadas por FECSA-ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S. L. (FECSA-ENDESA).

ANTECEDENTES

I El 10 de julio de 2007, en escrito remitido al extinto Servicio de Defensa de la Competencia, el Director General de Política Energética y Minas informaba de posibles actuaciones de carácter anticompetitivo por parte de FECSA-ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S. L. (FECSA-ENDESA), en el suministro de energía a FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, S.A. (FMB) (folios 1 y 2). Estas actuaciones, consistentes en la facturación conjunta del acceso regulado de terceros a la red de distribución de energía eléctrica de distintas tomas de red, podrían constituir según la Dirección General de Política Energética y Minas, por una parte, una infracción de la regulación sectorial que resulta en una menor recaudación de la empresa distribuidora, que a su vez se traslada al sistema en su conjunto; y por otra, una práctica restrictiva de la competencia contraria al Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tendente a fidelizar a los clientes de la empresa suministradora del mismo grupo con cargo a los ingresos del conjunto del sistema. Asimismo, en el citado escrito se señala que FMB consideraba que estas actuaciones de las empresas distribuidoras con

respecto a los consumidores de electricidad tradicionalmente acogidas a la tarifa de tracción eran generalizadas.

II El escrito del Director General de Política Energética y Minas adjuntaba carta (folios 3 y 4) del Consejero Delegado de TRANSPORTS METROPOLITANS DE BARCELONA y FMB, de fecha 24 de mayo de 2007, en la que informaba que FMB dispone de varios puntos de suministro alimentados por dos tomas de red de FECSA-ENDESA que venían facturándose como una única toma. Tras un concurso público, el suministro fue adjudicado a GAS NATURAL que pasó a sustituir a ENDESA, quién tras haberlo trasladado a GAS NATURAL, confirmó en su escrito de fecha 22 de mayo de 2007 (folio 7), que para facturar como una única toma las dos existentes, es necesario disponer de autorización administrativa.

Asimismo adjuntaba el escrito de fecha 16 de mayo de 2007 a la Dirección General de Energía (folios 5 y 6), solicitando la autorización preceptiva prevista en el Real Decreto 1164/2001, Artículo 5º punto 3º apartado 4º, para que a los efectos de las tarifas, las dos tomas sean consideradas como una única toma.

III La Dirección de Investigación (entonces Servicio) decidió llevar a cabo, una información reservada con el objeto de determinar si existen indicios suficientes de infracción que justifiquen la incoación de un expediente sancionador y solicitó información a diversos usuarios ferroviarios acogidos a la tarifa de tracción.

En el mes de septiembre de 2007 la Dirección de Investigación se puso en contacto con la Comisión Nacional de la Energía (CNE), con el fin de conocer la situación de las actuaciones en relación con la supuesta infracción sectorial. La CNE manifestó haber abierto expediente informativo tras la recepción de un escrito de fecha 18 de julio de 2007, remitido por la Secretaría General de Energía, en el que se solicitaba la apertura de expediente. Asimismo, la CNE manifestó que remitiría a la DI el informe final sobre el citado expediente.

IV Con fecha 5 de mayo de 2009, se recibió en la Dirección de Investigación el "Informe sobre el expediente relativo a la facturación del acceso a terceros (ATR) de Ferrocarril Metropolità de Barcelona, S.A.", remitido por la CNE (folios 328-345).

V Como resultado de la información reservada llevada a cabo la DI realiza la siguiente caracterización del mercado, en el que se desarrolla la conducta:

- 1. El sector eléctrico español se rige por lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE), modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio que traspone en España la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, y por su normativa de desarrollo.*
- 2. El artículo 11 de la LSE establece que el transporte, la distribución y la operación técnica del sistema tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción y la comercialización de electricidad se desarrollan en régimen de libre competencia. La 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, estando regulados tanto su acceso como su precio. Cabe señalar que existen distintos tipos de tomas o líneas: las principales, que se alimentan simultáneamente cuando son dos o más, y las de reserva o socorro.

3. *En lo que respecta al precio regulado de la distribución de energía eléctrica, las tarifas de acceso o peajes, la LSE ha sido desarrollada por sucesivos Reales Decretos. La primera regulación de las tarifas de acceso, el Real Decreto 2016/1997, de 26 de diciembre, no contempla el ATR conjunto ni los puntos de socorro. No obstante, el Real Decreto 2820/1998 de 23 de diciembre, por el que se establecían tarifas de acceso a las redes, establece en su artículo 10.1.3º lo siguiente:*

“Se deberá disponer de las características técnicas de la acometida, de acuerdo con los parámetros de contrato solicitados para poder realizar el suministro.

Los consumidores que deseen acogerse al sistema de tarifas de acceso a las redes y que reúnan los requisitos impuestos para las mismas, deberán solicitarlo a la empresa distribuidora con un período de antelación mínimo de quince días.

En el caso de un consumidor que para el suministro a una instalación disponga de dos puntos de toma, la Dirección General de la Energía excepcionalmente podrá autorizar la aplicación de una única tarifa de acceso conjuntamente siempre que los citados puntos estén a la misma tensión, siendo en ese caso, las magnitudes a contemplar las registradas por el aparato totalizador.”

Posteriormente, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre establece en su artículo 81.5:

“El contrato de acceso a las redes deberá suscribirse para cada uno de los puntos de conexión a las mismas, con independencia de que se trate de una única instalación, salvo que la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, haya autorizado la agrupación de puntos de conexión de acuerdo con la normativa tarifaria vigente”.

4. *La tarifa de acceso se encuentra actualmente regulada en el artículo 5.3 del Real Decreto 1164/2001 que establece lo siguiente:*

“4. En el caso de que el suministro a una instalación disponga de dos puntos de toma, la Dirección General de Política Energética y Minas, excepcionalmente, podrá autorizar la aplicación de una única tarifa de acceso conjuntamente, siempre que los citados puntos estén a la misma tensión, siendo en ese caso, las magnitudes a contemplar las registradas por el aparato totalizador [...]

6. Los suministros de socorro se tratarán como suministros independientes y como tales se facturarán, excepto si la alimentación la realiza la misma

empresa distribuidora, en cuyo caso, se facturará, únicamente el 50 % del término de potencia del suministro de socorro.”

En suma, como regla general han de facturarse todas y cada una de las tomas, siendo posible facturar una sola de forma excepcional y mediando autorización administrativa previa para aquellas tomas que no sean de socorro, pues para éstas se prevé una tarifa reducida.

VI Y en relación con la actuación de FECSA-ENDESA en los suministros a FMB y su comportamiento en el momento en que éste cambia de comercializador, la DI considera acreditado lo siguiente:

1. *“Las instalaciones de FMB disponían tradicionalmente de varios puntos de suministro alimentados por dos tomas de red de FECSA-ENDESA que venían facturándose como una sola. En algunos casos, se trataba de dos líneas principales que se alimentan simultáneamente; en otros, se trataba de una línea principal y otra de socorro (folios 3, 4, 333 y 337).”*
2. *Hasta el 1 de junio de 2007, FMB contrataba el suministro de energía eléctrica con ENDESA ENERGÍA S. A., empresa comercializadora perteneciente al mismo grupo empresarial que su distribuidor, FECSA-ENDESA.*
3. *Con fecha de 12 de febrero de 2007 FMB inició un concurso público para contratar el suministro de energía eléctrica resultando adjudicataria GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., quien pasó a sustituir a ENDESA ENERGÍA S. A. a partir del 1 de junio de 2007 (folios 3 y 4).*
4. *Con fecha 16 de mayo de 2007 FMB solicitó a la Dirección General de la Energía autorización para que, a los efectos de la tarifa de acceso, las dos tomas de red fueran consideradas como una única y remitió copia de esta solicitud a FECSA-ENDESA (folios 3-7).*
5. *Desde el 1 de junio de 2007, fecha de inicio del nuevo contrato con GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., y a la espera de la autorización administrativa solicitada, a FMB se le facturaron de forma independiente cada uno de los puntos de toma o acometidas (folio 286).*
6. *El informe remitido por la CNE con fecha 5 de mayo de 2009 concluye lo siguiente:*
 - *FMB estuvo acogida a la tarifa de tracción hasta su salida al mercado libre el 1 de agosto de 1998. Por tanto, la necesidad de facturar el acceso a la red no se plantea hasta entonces (folios 333, 337 y 339).*
 - *FECSA-ENDESA trató de regularizar la facturación del ATR con carácter previo a la licitación iniciada por FMB el 12 de febrero de 2007, constando en el expediente instruido por la CNE prueba documental de que ENDESA intentó regularizar la situación al menos un año antes del concurso. Concretamente, ENDESA envió al efecto un correo electrónico de fecha 24 de marzo de 2006. Asimismo, FMB, ENDESA ENERGÍA y FECSA-*

ENDESA mantuvieron una reunión con fecha de 8 de noviembre de 2006, reflejando el acta de la misma que se trató la necesidad de regularizar la situación contractual del ATR distinguiendo entre suministros con dos líneas principales y una principal más reserva. En el primero de los casos resultaba necesaria autorización administrativa y en el segundo contratar el punto de reserva por separado (folios 335, 337 y 342).

- *Existe una irregularidad en el sistema de facturación de la tarifa de acceso que ha podido minorar los ingresos del sistema eléctrico en varios años (folio 344).*
- *Las infracciones en la facturación del ATR constituyen una práctica generalizada en el sector. La CNE realizó inspecciones al respecto durante los años 2004 y 2005, procediéndose posteriormente a una refacturación (folios 334 y 340).*
- *En el caso particular de FMB y en lo que respecta al posible intento de fidelizar al cliente, la CNE considera que “Sí es cierto por otra parte que aunque el requerimiento del distribuidor es anterior, la solicitud de autorización no se llevó a cabo por parte del cliente hasta el efectivo cambio de comercializador, y el distribuidor lo permite; lo que podría indicar un trato preferencial al cliente mientras sigue con el comercializador del grupo empresarial. No obstante, los documentos incluidos no permiten avalar esta teoría:*

Desde que se detecta el problema del ATR, hasta que se produce el cambio de comercializador a favor de GAS NATURAL, ENDESA Energía presenta a FECSA-ENDESA Distribución varias solicitudes de modificación de los distintos contratos de acceso de los puntos de suministro de FMB, esencialmente ampliaciones y reducciones de la potencia contratada. Las respuestas del distribuidor a estas solicitudes se encuentran en el expediente, en ellas rechaza las modificaciones cuando entre otras cosas, los suministros tienen dos puntos de medida o una línea de socorro, por no ser el contrato ATR acorde a la normativa. De este modo aplica la normativa existente también al comercializador del grupo ENDESA, que no puede proporcionar al cliente el servicio que éste requiere” (folio 343).

- *Idéntica respuesta da FECSA-ENDESA a la solicitud de GAS NATURAL en tanto no se regularicen los contratos de ATR (folio 343).*
- *A la vista de lo anterior, se concluye: “Así, una vez detectado el problema, el distribuidor no fuerza la regularización de los suministros, ni a su comercializador ni a los de la competencia, pero tampoco permite modificaciones contractuales ni nuevos contratos de ATR mientras no cumplan la norma. Sin embargo, al menos en el caso de FMB, no utiliza las irregularidades de los contratos ATR como excusa para impedir el cambio de comercializador sino que los activa en la fecha convenida, aún con deficiencias, pero sin la facturación conjunta de las tomas”(folio 344).*

- *Por último, la CNE señala en su informe que no existen indicios de una práctica restrictiva de la competencia (folio 344)”*

VII El 5 de junio de 2009, la DI remitió al Consejo propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones seguidas por considerar que no hay indicios de infracción del Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La DI considera que es necesario dar respuesta a las cuestiones planteadas en el escrito del Director General de Política Energética y Minas, tanto respecto a la infracción de las normas sectoriales como a una posible infracción del Artículo 2 de la LDC.

La DI fundamenta su propuesta de no incoación en que la declaración de infracción del Artículo 2 de la LDC requiere acreditar (1) la posición de dominio de la empresa, y (2) el carácter abusivo de la práctica y añade que si bien *“cabe afirmar que FECSA-ENDESA goza de una posición de dominio en el mercado de distribución de energía eléctrica en el ámbito de su red”*, no constata indicios del carácter abusivo de la práctica:

“Establecida la existencia de una posición de dominio, es necesario constatar si la práctica investigada reviste carácter abusivo. En este sentido es destacable que los intentos de FECSA-ENDESA por regularizar la facturación del ATR se produzcan en el momento en que ENDESA ENERGÍA es también la comercializadora de FMB y, por tanto, con carácter previo al concurso del que resulta adjudicataria GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. De ahí que no pueda alegarse que existiera por parte de ENDESA intención de fidelizar a sus clientes en el mercado aguas abajo de suministro de energía eléctrica a través de una menor facturación en el mercado de distribución de energía eléctrica con cargo a los ingresos del conjunto del sistema. De hecho, tal y como reconoce la CNE en su informe, FECSA-ENDESA da igual trato a la comercializadora del Grupo Endesa al rechazar diversas modificaciones en suministros con dos puntos de medida o una línea de socorro por no ser el contrato ATR acorde a la normativa existente.

En todo caso, tampoco cabe aducir que la conducta haya tenido efecto anticompetitivo dado que el cambio de suministrador se produce efectivamente el 1 de junio de 2007.”

Por el contrario la DI, remitiéndose al contenido del Informe de la CNE de 5 de mayo de 2009, considera acreditada la existencia de una infracción de la normativa sectorial *“al haberse procedido a la facturación conjunta tanto de tomas que no contaban con autorización administrativa para ello, como de tomas de socorro...”* y apunta como responsables de dicha infracción al propio cliente, al comercializador y al distribuidor.

El Consejo deliberó y resolvió sobre este expediente en sus reuniones de 16 y 24 de junio de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El número 3 del Artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007

Segundo.- El Consejo coincide con la DI en que es necesario dar respuesta a las cuestiones planteadas por el Director General de Política Energética y Minas, en su escrito de 10 de julio de 2007, relativas por un lado, a la posible existencia de una infracción de la regulación sectorial, y por otro, de una infracción del Artículo 2 de la LDC, como consecuencia de las actuaciones de FECSA ENDESA consistentes en la facturación conjunta del acceso regulado de terceros a la red de distribución de energía eléctrica de distintas tomas de red, para el suministro de energía eléctrica a FMB.

Tercero.- Por lo que se refiere a una posible infracción del Artículo 2 de la LDC, que prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*, como recoge la DI en su propuesta, si bien en su red propia y por tanto en la red de suministro a FMB, la distribuidora FECSA-ENDESA tiene una posición de dominio, esto no implica que haya abusado de su posición, como exige el Artículo 2 de la LDC:

En esta fase inicial del procedimiento lo que procede analizar ante el conocimiento de una posible conducta infractora, es si concurren las circunstancias para incoar un expediente sancionador, porque se observen indicios racionales de la existencia de una infracción. En el caso que nos ocupa, se da el presupuesto básico e imprescindible para las conductas unilaterales de gozar de posición de dominio. Pero a juicio de la DI y de este Consejo, no concurren las circunstancias para seguir adelante con las actuaciones e incoar un procedimiento sancionador, porque como recoge la DI en su informe remitiéndose al análisis llevado a cabo por la CNE, no se ha acreditado que FECSA- ENDESA haya dado un tratamiento distinto a comercializadoras terceras, del que había tenido con su propia comercializadora (ENDESA ENERGIA), a la que había negado modificaciones solicitadas por ésta, precisamente porque no eran acordes a la normativa por existir dos puntos de medida o una línea de socorro. Cuando se ha planteado la situación de un comercializador tercero, al cambiar FMB su contrato de ENDESA ENERGIA a GAS NATURAL, y solicitar ésta la modificación pertinente, FECSA-ENDESA remite idéntica respuesta.

No existen por tanto indicios de que la distribuidora FECSA-ENDESA utilizara su posición en la provisión de energía a FMB, para excluir a otros comercializadores no pertenecientes a su Grupo, lo que se confirma con la entrada de GAS NATURAL como suministrador de forma efectiva a partir de junio de 2007 en sustitución de ENDESA ENERGIA.

Cuarto.- Por lo que respecta a la infracción sectorial, la CNE ha declarado la misma y este Consejo se remite a las consideraciones que realiza el Órgano regulador en su informe de 5 de mayo de 2009, que consta en el expediente, y a las Conclusiones del mismo, en relación con la corrección de la irregularidad detectada.

Acreditada la infracción sectorial, este Consejo ha analizado la posibilidad de que pudiera existir un falseamiento de la competencia por actos desleales, en infracción del Artículo 3 de la LDC, sin que en la información disponible se aprecien indicios de dicha infracción por cuanto, por un lado, la infracción no es imputable exclusivamente al distribuidor, sino que son también responsables el cliente y el comercializador, y por otro porque según la CNE la práctica es generalizada en el sector: *“(L)as infracciones en la facturación del ATR constituyen una práctica generalizada en el sector”*.

Sin perjuicio de lo anterior, este Consejo quiere destacar que es motivo de preocupación el que, como dice la CNE, ésta sea o haya sido una práctica generalizada, en la que han debido colaborar tanto los propios clientes, (que ven minorada su facturación), como los suministradores y comercializadores, y que ha podido suponer un coste importante para los ingresos del sector eléctrico durante varios años, desde que está vigente la regulación ATR, y que dicho coste para el sistema debería ser calculado y corregido.

En consecuencia, vista la propuesta de la Dirección de Investigación y teniendo en cuenta todo lo anterior, el Consejo de la CNC al no apreciar indicios de infracción de la LDC en los hechos analizados, considera que de acuerdo con el Artículo 49.3 de la misma no procede incoar expediente sancionador y acuerda archivar las actuaciones realizadas en este caso.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia,

RESUELVE

ÚNICO. No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación en relación con la conducta de FECSA-ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S. L. (FECSA-ENDESA), en el suministro de energía eléctrica a FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, S.A. (FMB) por no encontrar indicios de infracción de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a la Dirección General de Política Energética y Minas, a FECSA-ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S. L. y FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, S.A. (FMB), haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.