

RESOLUCIÓN (EXPTE. 2795/07 HIDROCANTABRICO INSTALACION)

CONSEJO

D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 20 de septiembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente D^{ña}. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador 2795/07 HIDROCANTABRICO INSTALACION, en virtud de la denuncia formulada por [...], ex-presidente de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE) contra HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION ELECTRICA S.A.U. (en adelante HC o HC Distribución), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 26 de junio de 2007 tuvo entrada en el extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC, actual Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio) escrito de denuncia formulada por [...], ex-presidente de FENIE, contra HC Distribución, por supuesta infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. La infracción vendría dada por las dos conductas siguientes: (folios 1-10).
 - La primera de las conductas consistiría, según la denunciante, en el *“hecho de que la Compañía Distribuidora de energía eléctrica pueda ejecutar instalaciones eléctricas aprovechándose de la posición dominante como suministrador de electricidad, impidiendo al resto de empresas de instalaciones eléctricas presentes en el mercado competir en una situación de mínima igualdad de condiciones”* (folio 5). Considera la denunciante que esta conducta es similar a la sancionada en la Resolución 606/2005, de 14 de diciembre de 2006, en relación a Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U.
 - La segunda de las prácticas denunciadas se refiere al nuevo servicio de HC denominado *“Funciona”*, de mantenimiento y ejecución de instalaciones

eléctricas (además de gas) y de reparación de aparatos o electrodomésticos del hogar, siendo el importe de estos servicios abonado semestralmente o incluido en la factura de la compañía suministradora.

2. El 3 de julio de 2007 la Dirección de Investigación requirió al denunciante la subsanación del escrito de denuncia y que aportara pruebas de las prácticas denunciadas (folio 11), lo cual fue cumplimentado el el 13 de julio de 2007 (folios 15-90).
3. El 7 de abril de 2009 la Dirección de Investigación requirió información a HC y a FENIE (folios 91-100) con el fin de clarificar las características de las conductas denunciadas. Los días 4 de mayo y 28 de abril, respectivamente, tuvieron entrada sendas contestaciones a los citados requerimientos.
4. El 3 de diciembre de 2009 a la vista de la información obrante en la información reservada practicada, se incoó expediente sancionador contra HC por una posible infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (B.O.E. del 7), de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), quedando el expediente registrado con el número 2795/07, el mismo bajo el cual se llevó a cabo la información reservada. El acuerdo de incoación fue notificado a las partes el mismo 3 de diciembre (folios 157-170).
5. Entre el 7 de enero de 2010 y el 29 de julio de 2010 la Dirección de Investigación requirió información diversa a las partes solicitando: a HC la entrega de copias de diversas facturas desde 2000 (folios 173-186); sobre el funcionamiento del servicio "*Funciona*"; sobre el funcionamiento de las actividades de atención comercial de la comercializadora del grupo HC Energía; e información a HC en relación al sistema de subcontratación de servicios relativos a la actividad de distribución eléctrica.
6. El 9 de febrero de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de D. Roberto de Hoyos Mencía, en nombre y representación de la Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias, solicitando la consideración de parte interesada en este expediente para la citada asociación (folios 1121-1137). Con fecha 10 de febrero de 2010, la Dirección de Investigación notificó a las partes la admisión de la personación de la Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias en calidad de interesada (folios 1138-1153).
7. El 1 de octubre de 2010, la Dirección de Investigación dictó y notificó a los interesados el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).
8. El 4 de octubre de 2010 se requirió a la Comisión Nacional de Energía (CNE) la emisión de informe sobre el expediente de referencia, en aplicación del art. 17.2, letra d), de la LDC (folios 3245-3246). En esa misma fecha se notificó a las partes la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento (folios

- 3247-3261). Dicho requerimiento de informe fue reiterado con fecha 2 de diciembre de 2010 (folios 3373-3374).
9. El 20 de octubre de 2010 la Asociación de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias presentó su escrito de alegaciones al PCH con una alegación única al PCH, referente al contenido de las condiciones técnico-económicas enviadas por HC (folios 3277- 3278).
 10. El 2 de noviembre de 2010 HC Distribución presentó su escrito de alegaciones (folios 3289-3372).
 11. Con fecha 23 de diciembre de 2010, tuvo entrada el informe de la CNE sobre el expediente de referencia, en aplicación del art. 17.2, letra d), de la LDC (folios 3375-3413). En dicho informe, la CNE aclara el contenido del art. 103.2.A) al señalar que, de acuerdo con la normativa, “las empresas distribuidoras deben comunicar a todo solicitante de un suministro, por escrito y en plazo, al menos el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo, justificando detalladamente los derechos de acometida a liquidar por el solicitante, precisando el sistema empleado para su determinación”. No obstante, afirma la CNE que no existe una normativa básica aplicable a todo el territorio nacional en la que se establezca el contenido mínimo de las condiciones técnicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica que la distribuidora debe dar al solicitante en contestación a una petición de suministro. Por ello, con fecha 23 de julio de 2009, el Consejo de la CNE aprobó la “Propuesta de Procedimientos de Operación Básicos de las Redes de Distribución de Energía Eléctrica”, que se encuentra pendiente de aprobación por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. El POD 3 se refiere a la “Gestión de solicitudes de conexión para consumo”, que, en caso de aprobación, obligaría al envío de presupuestos desglosados en el caso de instalaciones de extensión no reservadas.
 12. Conforme a lo previsto en el art. 33.1 del RDC (folio 3427), el 17 de enero de 2011 se procedió al cierre de la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados en esa misma fecha (folios 3428-3439).
 13. El 2 de febrero de 2011 la Directora de Investigación dictó Propuesta de Resolución, en la que, conforme al artículo 50.4 de las LDC propone al Consejo lo siguiente:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000 (16 de enero de 2001) hasta la entrada en vigor de la LDC (1 de septiembre de 2007); por el artículo 2 de la LDC, desde el 1 de septiembre de 2007 hasta la actualidad; así como por el artículo 102 del TFUE, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000 hasta la actualidad, consistentes en enviar presupuestos de realización de las instalaciones no reservadas al distribuidor y no proporcionar toda la

información sobre las condiciones técnico-económicas requerida por la normativa en respuesta a las solicitudes de suministro a su red de distribución (nuevo punto de suministro o modificación del existente) que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor.

Segundo. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989 y por el artículo 102 del TFUE, consistentes en publicitar el servicio “Funciona” de HC Energía, enviando información comercial de este servicio junto con las facturas de los clientes a tarifa entre febrero y julio de 2005.

Tercero. Que ambas clases de conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

Tercero. Que se declare responsable de dichas infracciones a Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.”

14. Tras serle notificada dicha Propuesta de Resolución a los interesados, HC presentó sus alegaciones a la misma el 24 de febrero de 2011, solicitando la celebración de vista ante el Consejo de la CNC. Las alegaciones de la Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias en el que da por reproducidas sus alegaciones al PCH, se presentaron el 28 de febrero de 2011.
15. El Informe Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación tuvo entrada en el consejo de la CNC el 1 de marzo de 2011.
16. El 16 de junio de 2011, el Consejo dictó Acuerdo tomado el 8 de junio de 2011, para la remisión a la Comisión Europea de la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, de lo que informó a los interesados así como de que en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 13 de julio de 2010, y con efectos desde el 10 de julio de 2010, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes el 17 de junio de 2011.
17. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución el 14 de septiembre de 2011.

18. Son interesados:

- Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.
- Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE)
- Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias

HECHOS PROBADOS

Conforme al Pliego de Concreción de Hechos formulado por la Dirección de Investigación, el Consejo considera como hechos probados relevantes para la resolución de este expediente los siguientes, que están contenidos en la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación:

A. Sobre las partes:

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

1. *FENIE es una federación que agrupa un total de 13.000 empresas legalmente habilitadas para el desarrollo de la actividad de instalaciones eléctricas en toda España (80% del total) y a la que pertenecen 47 asociaciones provinciales y autonómicas. Sus fines fundamentales según el artículo 7 de sus Estatutos son, entre otros, coordinar, informar y estudiar las condiciones técnicas, económicas, sociales y formativas de las empresas instaladoras, establecer y fomentar contactos entre las empresas y asociaciones y la representación y defensa de la profesión, de las asociaciones y del sector (folio 54).*

Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias

2. *La Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias, constituida en 1977, es la organización empresarial más representativa en el sector de las empresas dedicadas a instalaciones eléctricas y telecomunicaciones en el ámbito territorial del Principado de Asturias, aglutinando a 455 empresas. Se trata de una organización empresarial sin ánimo de lucro cuyo objetivo fundamental es la representación y defensa de los intereses económico-sociales colectivos de cuantas empresas desarrollen la actividad de instalaciones eléctricas y de sistemas de telecomunicaciones dentro de su ámbito territorial (folio 1121).*

Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. (HC o HC Distribución))

3. *HC es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, perteneciente a Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., matriz del grupo*

Hidrocantábrico, que, a su vez, se integra en el grupo Energías de Portugal, S.A. (EDP), que posee el 96,60% de su capital. Las líneas de negocio del Grupo Hidrocantábrico comprenden todas las actividades propias del sector eléctrico: generación, distribución y comercialización.

HC distribuye energía eléctrica a más de 600.000 clientes en España, principalmente en el Principado de Asturias, donde es titular de la práctica totalidad de la red de distribución. Según su página web, en 2009 distribuyó electricidad a 644.524 puntos de suministro por un total de 9.130 GWh (<http://www.hcenergia.com/es/portal.do?IDM=142&NM=3>).

Por otra parte, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. controla junto con el Ente Vasco de la Energía (EVE) el Grupo Naturgas Energía, presente en las actividades de transporte, distribución y comercialización de gas natural en España.

B. Sobre el marco regulatorio en el que se desarrollan las conductas denunciadas

La Ley 54/1997 del Sector Eléctrico

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

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

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

jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución económica”.

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

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

Real Decreto 1955/2000 y Real Decreto 222/2008 (Instalaciones eléctricas)

5. *Las condiciones y procedimientos para la conexión de los consumidores a las redes de distribución se desarrollan en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones eléctricas. El régimen de conexión ha sido parcialmente modificado por el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica.*

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

- **Instalaciones de extensión:** *Incluyen todas las infraestructuras eléctricas entre la red de distribución existente y el primer elemento propiedad del solicitante que es preciso realizar al solicitar un nuevo suministro o ampliar uno ya existente. El RD 1955/2000 diferencia dos tipos de instalaciones de extensión en función de la potencia y la calificación urbana del suelo:*
 - *Instalaciones de extensión con potencia solicitada no superior a 50kW en baja tensión (BT) o a 250kW en alta tensión (AT), cuando el suministro se ubique en suelo urbano que tenga la condición de solar: corresponden a la empresa distribuidora, que está obligada a*

su realización y por la cual tiene derecho al cobro de los derechos de extensión regulados (Artículo 45 del RD 1955/2000).

- *Instalaciones de extensión que se ubiquen en suelo urbano pero que sobrepasen los límites de potencia anteriores, y aquéllas que se ubican en suelo urbano sin condición de solar, suelo urbanizable y suelo no urbanizable: su realización corresponde al propietario/solicitante a su costa (Artículo 45 del RD 1955/2000).*
 - **Operación de enganche:** *Operación de acoplamiento eléctrico de la instalación receptora propiedad del usuario a la red de la empresa distribuidora, que deberá realizar esta operación bajo su responsabilidad, por la cual el consumidor deberá abonar a la empresa distribuidora el correspondiente derecho regulado (Artículo 50 del RD 1955/2000).*
 - **Otras operaciones reguladas:** *Existen otras operaciones necesarias para proceder al suministro de electricidad al solicitante cuya realización está reservada a la distribuidora y que, en su caso, pueden dar lugar al pago de derechos regulados. Entre estas actividades se encuentran el acceso, la conexión y la verificación de instalaciones.*
6. *La anterior clasificación de los trabajos de conexión se ha modificado con el RD 222/2008 en lo relativo a las actividades de **extensión**. Así, los artículos 9 y 10 del citado RD distinguen entre dos tipos de instalaciones de extensión de la red de distribución:*
- **Extensión natural de la red:** *Se denomina extensión natural de las redes de distribución a los refuerzos o adecuaciones de las instalaciones de distribución existentes a las que se conecten las infraestructuras necesarias para atender los nuevos suministros o la ampliación de los existentes, que respondan al crecimiento vegetativo de la demanda. Dichas infraestructuras deben ser realizadas y costeadas por la empresa de distribución responsable de las mismas en la zona y se reconocen en la retribución correspondiente a cada distribuidor. A estos efectos, se entiende por crecimiento vegetativo de la demanda el aprobado por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla en los planes de inversión y desarrollo de las redes propuestos por las empresas distribuidoras.*
 - **Instalaciones de nueva extensión de red:** *Se denominan instalaciones de nueva extensión de red a las instalaciones o infraestructuras de red que sea necesario realizar para la atención de solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, que no respondan a crecimientos vegetativos de la demanda, desde la red de distribución existente hasta el primer elemento propiedad del solicitante, en las condiciones reglamentarias de seguridad, fiabilidad y calidad de servicio.*

Dentro de las instalaciones de nueva extensión de red, el RD 222/2008 distingue dos categorías:

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

7. *Por tanto, las instalaciones de extensión de red pueden clasificarse entre las reservadas a la distribuidora (enganche, acceso, conexión, verificación y, en determinados supuestos, extensión) y las no reservadas a la distribuidora (extensión en determinados supuestos). Cuando hay instalaciones no reservadas a la distribuidora, el solicitante del suministro puede contratar para su ejecución a cualquier instalador autorizado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 del RD 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión. En todo caso, si un instalador ajeno a la distribuidora realiza las instalaciones de extensión, la distribuidora de la zona debe realizar las labores de acceso, conexión, enganche y verificación, asegurando que la instalación cumpla con los requisitos exigidos por la normativa y los específicos de cada red de distribución, en concreto el Art. 41.2.d de la LSE, art. 43 del RD 1955/2000 y art. 14 del RD 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión.*

De acuerdo con el artículo 103.2.A del RD 1955/2000, que regula la calidad de atención al consumidor, tras recibir una solicitud de suministro de energía eléctrica, la empresa distribuidora de la zona debe analizar dicha solicitud y enviar al solicitante dentro de los plazos previstos el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para atender la solicitud de suministro. En particular, el citado artículo dispone que "(...) Las empresas distribuidoras, dentro de los plazos anteriormente indicados, facilitarán por escrito a los solicitantes la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar (...)". Los derechos de acometida, definidos en el artículo 44 del RD 1955/2000, incluyen los derechos de extensión (contraprestación económica a pagar por solicitante de un nuevo suministro, o de la ampliación de potencia de uno ya existente, por las instalaciones de nueva extensión de red que sean responsabilidad de la empresa distribuidora) y los derechos de acceso (cuyo

abono procede, en todo caso, por la incorporación a la red del nuevo suministro. El art. 10 del RD 222/2008 incluye entre los derechos de acometida no sólo los derechos de extensión y de acceso sino también los derechos de supervisión de las instalaciones cedidas., siendo estos últimos “la contraprestación económica por la supervisión de trabajos y realización de pruebas y ensayos previos a la puesta en servicio, a pagar a la empresa distribuidora por el solicitante de un nuevo suministro, o de la ampliación de uno ya existente, que opten por la ejecución directa y posterior cesión de las instalaciones). En todo caso, los derechos de acometida son derechos regulados. El RD 1955/2000 establece en su art. 44.2 que “los derechos de acometida serán únicos para todo el territorio nacional”, mientras que el art. 10 del RD 222/2008, que modifica el anterior, determina que las cantidades a pagar por los derechos de acometida sean fijadas por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla dentro de un margen del +/- 5% de los derechos establecidos en la orden ministerial que fije el régimen económico de tales derechos.

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

C. Sobre las conductas denunciadas

Primera Conducta: Actuaciones de HC en relación a las solicitudes de suministro

9. *HC es titular de la gran mayoría de la red de distribución eléctrica del Principado, por lo que opera la distribución de energía eléctrica en el Principado de Asturias en régimen de práctico monopolio (97% de cuota en Asturias). Tal posición le lleva a tener que atender las peticiones de nuevos suministros de energía eléctrica o ampliación de los existentes en los términos reglamentarios previstos, de acuerdo al artículo 41.1.i. del RD 1955/2000.*
10. *Cualquier interesado en obtener un nuevo suministro de energía eléctrica o ampliar uno ya existente debe efectuar la petición a HC, para lo que dispone de tres vías: vía telefónica, presencialmente en las oficinas de HC o a través de su página web. En cualquiera de los tres casos, deben proporcionar los siguientes datos a HC (folios 21-22, 130-131 y 141-142):*
 - *Datos generales:*

- *Solicitante: Persona física o jurídica que solicita el suministro. No tiene por qué ser el que finalmente lo contrate. Nombre, dirección, teléfono, DNI.*
 - *Representante: Persona física que hace la solicitud en nombre del solicitante.*
 - *Dirección de suministro.*
 - *Dirección de envío de la correspondencia. (Este campo ha sido introducido en los formularios a partir de 2005 (folio 260)).*
 - *Persona de contacto para la solución técnica (Este campo ha sido introducido en los formularios a partir de 2005 (folio 260). Persona a la que llamarán los técnicos de HC para acordar la solución técnica.*
- *Datos técnicos: Dependen del tipo de expediente y se relacionan con los aspectos técnicos del suministro solicitado (folios 143-151).*
11. *Una vez recibida y evaluada la solicitud, HC debe proporcionar al solicitante las condiciones técnico-económicas precisas para atender la solicitud (Art.103 del RD 1955/2000). En estas respuestas, la conducta seguida por HC en el 2000-2009 se ha desarrollado como sigue.*

a) Sobre el contenido de las respuestas de HC a las solicitudes de suministro

- *No se especifican las condiciones técnicas del suministro.* De hecho, desde 2005, el propio formulario de petición de suministro precisa que las condiciones técnicas son acordadas por los técnicos de HC con la persona de contacto determinada en el formulario por el solicitante.
- Las respuestas de HC *siempre contienen un presupuesto para la ejecución de los trabajos necesarios para atender la petición de suministro.* En la contestación de HC al requerimiento de información de 7 de abril de 2009, se indica (folio 136, subrayado añadido):

“En los casos en que las condiciones económicas de la nueva extensión de red se calculan según baremo (€/kW), la carta de condiciones técnico-económicas no incorpora presupuesto de ejecución de trabajos sino un mero desglose de las cantidades que, según la normativa vigente en cada momento, proceda abonar en concepto de derechos de acometida.”

“En el resto de supuestos se adjunta un presupuesto detallado para que el cliente, si le conviene, haga uso de la opción que se le ofrece en las cartas para decidir qué parte de las obras realizará por sus propios medios (...) o bien por encomendar tales obras a HCDE.”

Por tanto, cuando la conexión implica la realización de trabajos no reservados a la distribuidora, HC remite siempre un presupuesto desglosado que cubre la totalidad de la obra a realizar (incluyendo la parte no reservada a la distribuidora), y comunica al cliente que debe manifestar expresamente su voluntad de realizar por su cuenta las obras no reservadas a la distribuidora, para que HC elabore un nuevo presupuesto desglosado que sólo incorpore la parte de la obra que el cliente decida que sea ejecutada por HC (folios 28 y 136). En este sentido, en el documento aportado en el escrito de denuncia, obra una carta en contestación a una petición de suministro en la que no consta ninguna indicación sobre la parte de la acometida que puede ser ejecutada por cuenta del solicitante. Sólo en una segunda carta enviada por HC a ese cliente se indica la posibilidad de que el cliente realice parte de los trabajos por su cuenta (folios 23-28). No obstante, según la denunciante, todos los trabajos recogidos en esa carta podrían ser realizados por cualquier instalador eléctrico autorizado en Alta y Baja Tensión, para cada uno de los trabajos, respectivamente (folio 124).

La forma de actuar descrita en el párrafo anterior es admitida por la denunciada en su contestación al apartado 2 del requerimiento de información de 7 de enero de 2010 (folio 261) y se corrobora con los documentos aportados por la denunciada en contestación al apartado 5 del mismo requerimiento. Tan sólo desde la segunda quincena de junio de 2005 HC comenzó a incorporar en sus modelos de cartas que acompañan los presupuestos una mención a la posibilidad de que los trabajos fueran ejecutados directamente por los solicitantes, indicando textualmente lo siguiente:

“Si de acuerdo con la solución técnica acordada parte de la obra correspondiente a la acometida va a ser realizada por ustedes, nuestro compromiso se mantendrá siempre que exista la adecuada coordinación para la ejecución de los trabajos”.

b) Sobre los destinatarios de las respuestas de HC a las solicitudes de suministro

- 12. En su denuncia FENIE declara que las respuestas de HC a las solicitudes recibidas se remiten habitualmente remite al cliente final, refiriéndose tanto al usuario final (doméstico o empresarial) del suministro eléctrico como, en su caso, al promotor, constructor o similar en el caso de nuevas viviendas, el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas (folio 125). Sin embargo, HC precisa que las condiciones técnico-económicas se envían a la “dirección de envío de la correspondencia” según se requiere en el formulario (folio 131).*
- 13. La instrucción realizada ha revelado que hasta junio de 2005 (folio 2192), los formularios de solicitud de suministro eléctrico sólo requerían los datos del cliente final, la dirección del suministro y los datos (sólo nombre y teléfono) del representante, habitualmente un instalador, por lo que se puede concluir que aun cuando fuera un tercero (un instalador) quien realizara la petición como*

solicitante, HC remitía las condiciones técnico-económicas directamente al cliente final, dado que su dirección era la única que constaba en la solicitud (folios 868-873, 905-908, 996-999, 1104-1110). A partir de la segunda quincena de junio de 2005, HC introdujo dos nuevos campos en el formulario de solicitud: Persona de contacto y dirección de envío de la correspondencia. Desde entonces, todas las comunicaciones con el solicitante se han enviado a la dirección de envío de correspondencia (folios 303-852 y 2404-2574).

14. De lo descrito en los apartados a) y b) anteriores, se puede concluir lo siguiente:

- Hasta junio de 2005, HC remitía las contestaciones a las peticiones de suministro al solicitante del suministro junto con un presupuesto desglosado por la totalidad de la instalación de extensión, sin indicar la posibilidad de que la totalidad o parte de las obras podían ser ejecutadas por cualquier instalador eléctrico por cuenta del cliente. En el escrito enviado se incluye el precio de los trabajos a realizar, pero no las condiciones técnicas.
- Desde junio de 2005, HC remite las contestaciones a las peticiones de suministro a la dirección de envío de correspondencia, junto con un presupuesto desglosado por la totalidad de la instalación de extensión, indicándose que una parte de la obra puede ser realizada por cuenta del cliente, aunque sin delimitar cuál. En el escrito enviado se incluye el precio de los trabajos a realizar, que HC define como “derechos de extensión”, y, en algunos casos, el resto de derechos regulados a percibir por la distribuidora, pero no las condiciones técnicas.

c) Sobre el grado de aceptación de los presupuestos de instalación remitidos por HC

15. Entre los años 2002 y 2009 (se solicitó información desde el año 2000, fecha de entrada en vigor del RD 1955/2000, aunque HC sólo dispone de información desde el año 2002), HC atendió [...] peticiones de suministro que incluían trabajos de conexión. De ellas, cerca de un [40-50%] conllevaba exclusivamente trabajos de conexión de ejecución reservada a la distribuidora. En todos los demás suministros, que incluían trabajos de conexión no reservados a la distribuidora, HC envió presupuesto desglosado para la ejecución de la totalidad de las obras de conexión (las reservadas y las no reservadas). Los presupuestos remitidos por HC fueron finalmente aceptados, en promedio, en un [80-90%] de los casos, porcentaje que sube al [90-100%] desde 2007 (folios 137-139, 262-264 y 2196).

AÑO	PETICIONES SUMINISTRO TRAMITADAS*	ENVÍO PRESUPUESTO	PRESUPUESTO ACEPTADO
-----	-----------------------------------	-------------------	----------------------

2002	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [20-30]%	100%	-
		Ejecución Solicitante	[...] [30-40]%		[...] [70-80]%
2003	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [20-30]%		-
		Ejecución Solicitante	[...] [30-40]%		[...] [70-80]%
2004	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [20-30]%		-
		Ejecución Solicitante	[...] [30-40]%		[...] [70-80]%
2005	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%		-
		Ejecución Solicitante	[...] [30-40]%		[...] [70-80]%
2006	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%		-
		Ejecución Solicitante	[...] [40-50]%		[...] [70-80]%
2007	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [20-30]%		-
		Ejecución Solicitante	[...] [40-50]%		[...] [90-100]%
2008	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [20-30]%		-
		Ejecución Solicitante	[...] [40-50]%		[...] [90-100]%

2009	[...]	Ejecución Obligatoria	[...] [30-40]%	-
		Ejecución Solicitante	[...] [40-50]%	

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

Fuente: HC

16. La facturación de HC por la ejecución de instalaciones de extensión de la red de distribución no reservadas en cada uno de los años considerados ascendió a:

Año	Volumen de negocios		
	Sin Obra Civil	Con Obra Civil	Total
2009	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]
2006	[...]	[...]	[...]
2005	[...]	[...]	[...]
2004	[...]	[...]	[...]
2003	[...]	[...]	[...]
2002	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]

Fuente: HC

d) Sobre la ejecución de los trabajos de instalación

17. HC no realiza directamente las obras de instalación, sino que las subcontrata a empresas instaladoras a través de un sistema de concurso por invitación, en el que se tienen en cuenta factores de prestigio profesional, cumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene, capacidad y recursos disponibles, etc. (folios 134-136). HC también subcontrata a diversas empresas la ejecución de las acometidas que no tiene reservadas como distribuidora. De hecho, carece de instaladores eléctricos en plantilla y la subcontratación abarca tanto las

obras de ejecución de acometidas (tanto obligatorias como no, de extensión natural de la red y nueva extensión de red,...) como el desempeño de trabajos de operación y mantenimiento (folio 2193-2194). Debido a ello, según la denunciada, no es posible individualizar los pagos que HC ha realizado a las empresas contratistas exclusivamente por la ejecución de acometidas eléctricas.

18. *En efecto, HC subcontrata en instaladores eléctricos la ejecución de diversas obras propias del distribuidor. [...] (folios 2399-2401).*
19. *El sistema de subcontratación presenta el siguiente funcionamiento: [...].*

Segunda Conducta: la comercialización del Servicio “Funciona”

20. *El servicio “Funciona” es un servicio que ofrece Hidrocantábrico Energía, S.A.U. (HC Energía), consistente en el mantenimiento y reparación general de instalaciones particulares relacionadas con el hogar o pequeños negocios (instalaciones eléctricas, gasistas, electrodomésticos, ...) y en la promoción de la eficiencia energética. A través de este servicio, HC Energía ofrece a sus clientes un servicio de mantenimiento y asistencia de emergencia de las instalaciones y electrodomésticos del hogar a cambio de una determinada retribución mensual.*
21. *La ejecución de las reparaciones es subcontratada por HC a empresas instaladoras.*
22. *HC Energía lleva a cabo la comercialización del servicio “Funciona” a través de medios propios (recursos, bases de datos, etc.). No obstante, entre febrero y julio de 2005, HC Energía hizo uso de recursos propios de la distribuidora al incluir ésta dentro del sobre de la factura de los consumidores a tarifa publicidad relativa al servicio “Funciona” (folios 2197 y 2382-2383).*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El objeto de la presente Resolución es determinar si HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN, como propone la Dirección de Investigación, ha infringido la normativa de competencia española y comunitaria. Las dos conductas que le han sido imputadas se refieren a una infracción de abuso de posición de dominio. La primera de ellas abarcaría el periodo comprendido entre la entrada en vigor del RD 1995/2000, esto es, el 16 de enero de 2001 y al menos la incoación del presente expediente. La segunda de ellas se habría producido entre febrero y julio de 2005.

La primera conducta se habría iniciado por lo tanto estando vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en

vigor el 1 de septiembre de 2007. Ambas normas prohíben en sus respectivos artículos 6 y 2 la misma conducta: la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. De hecho, en la primera conducta la Dirección de Investigación considera que la conducta imputada constituye una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000 (16 de enero de 2001) hasta la entrada en vigor de la LDC (1 de septiembre de 2007) y por el artículo 2 de la LDC, desde el 1 de septiembre de 2007 hasta la actualidad. En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo ya ha manifestado anteriormente (RCNC S/0037/08 Seguro Decenal, de 12 de noviembre de 2009) que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto.

En el caso presente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la ley 16/1989 para ninguna de las empresas imputadas, por lo que como en anteriores resoluciones, el Consejo considera que en ausencia de beneficio alguno ésta última será la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada, a su calificación y a su sanción. Y puesto que la incoación del expediente se produjo el 3 de diciembre de 2009, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera.1 de la misma.

Con respecto a la segunda de las conductas ésta se habría desarrollado en su totalidad bajo la vigencia de la ley 16/1989, y puesto que tampoco se aprecian circunstancias por las cuales le fuese al infractor más beneficioso la aplicación de la Ley 15/2007, será de aplicación la Ley 16/1989, excepto en lo procedimental que es de aplicación la Ley 15/2007.

Por último el Consejo comparte con la Dirección de Investigación que la conducta imputada también puede infringir el art. 102 TFUE, por cuanto que se trata de conductas que impiden el acceso en igualdad de condiciones al mercado a aquellas empresas de instalaciones eléctricas sin relación comercial con Hidrocantábrico Distribución. La actividad afectada por la conducta desarrollada por Hidrocantábrico Distribución se centra en el mercado de las instalaciones eléctricas precisas para procurar el suministro eléctrico al consumidor final a partir de la red de distribución. Se trata de una actividad que Hidrocantábrico Distribución no realiza de forma directa con sus propios recursos, sino que subcontrata con terceras empresas entre las autorizadas para ello, pudiendo por tanto ser realizadas tanto por empresas nacionales como comunitarias, dependiendo de su ámbito de actuación.

SEGUNDO.- El objeto de la presente Resolución

La presente Resolución debe resolver sobre la existencia de las dos conductas imputadas por la Dirección de Investigación en su PR. En ambas se imputa a Hidrocantábrico Distribución haber incurrido en una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE. La primera por haber enviado presupuestos de realización de las instalaciones no reservadas al distribuidor y no proporcionar toda la información sobre las condiciones técnico-económicas requerida por la normativa en respuesta a las solicitudes de suministro a su red de distribución (nuevo punto de suministro o modificación del existente) que conlleven la necesidad de ejecutar instalaciones no reservadas al distribuidor. La segunda por haber publicitado el servicio “*Funciona*” de HC Energía, enviando información comercial de este servicio junto con las facturas de los clientes a tarifa entre febrero y julio de 2005.

Dado que ambas conductas supondrían un abuso de la posición de dominio del imputado, Hidrocantábrico Distribución, la Dirección de Investigación comienza por acreditar la posición de dominio de ésta empresa. Citando la RTDC 606/05 ASINEM ENDESA, de 14 de diciembre, las actividades de distribución de energía eléctrica y de instalaciones eléctricas formarían parte de mercados de producto diferenciados.

El **mercado de la distribución de energía eléctrica** es operado en exclusiva por las entidades distribuidoras, tal y como regula la LSE, y comprende todas aquellas actividades que tienen la función de hacer llegar la energía desde la red de transporte de alta tensión hasta los consumidores finales. El alcance geográfico de cada red de distribución es el que va a delimitar el mercado geográfico relevante, dado que como confirman diversos precedentes 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 por otra parte, la gestión de la red y las autorizaciones de distribución tienen carácter local o regional, por lo que resulta pacífico concluir que el mercado de redes de distribución tiene un carácter esencialmente local/regional. Este carácter regional viene, además, acentuado por las obligaciones que se derivan del artículo 40.2 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, que establece respecto a las instalaciones de distribución que “La autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso, se otorgará atendiendo tanto al carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la distribución eléctrica, como al criterio de menor coste posible, propio de toda actividad con retribución regulada, y evitando el perjuicio a los titulares de redes ya establecidas obligadas a atender los nuevos suministros que se soliciten.”

La Dirección de Investigación, por todo ello, concluye que *“En el presente caso, el ámbito geográfico relevante puede definirse como el Principado de Asturias, dado que la red está operada prácticamente por un único distribuidor, HC (HC posee y gestiona, aproximadamente, el 97% de las redes).”*

Por lo que respecta al **mercado de instalaciones eléctricas**, la Dirección de Investigación señala que éste *“comprende la realización de las obras necesarias*

(acometida, enganche, extensiones, conexión, etc.) para la conexión de la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales”, y describe sus características como sigue: “La normativa establece una distinción clara entre las actividades de instalación que están reservadas a los distribuidores y las que no. En la ejecución de las instalaciones no reservadas al distribuidor, el demandante es el consumidor final de la electricidad, y el precio de estas tareas no está regulado. En las instalaciones reservadas al distribuidor, éste viene obligado a su realización y el precio a satisfacer por los usuarios a los distribuidores está regulado (derechos de extensión, derechos de enganche, etc.): por tanto, estas transacciones forman parte de la actividad de distribución (y del mercado de redes de distribución). En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional, en su Sentencia 34/2007 de 21 de abril de 2008, por la cual se confirma la Resolución 606/05.

Con lo que concluye la Dirección de Investigación que “Por lo tanto, la ejecución de las instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor y la prestación de servicios de los instaladores a los distribuidores para la realización de instalaciones reservadas a éstos no forman parte del mismo mercado de producto. No obstante, a los efectos del presente caso, únicamente interesa definir el primero, que es el que podría verse afectado por las prácticas denunciadas”.

*Y Con respecto al ámbito geográfico del **mercado de instalaciones no reservadas al distribuidor**, señala la Dirección de Investigación que “la oferta tiene un carácter marcadamente local, dado que, de acuerdo con los datos aportados por FENIE, los instaladores prestan sus servicios en un radio de 90 kms (folio 254). No obstante, FENIE indica que no es infrecuente que una empresa instaladora de una provincia realice instalaciones en otra (folio 124 y 258) e incluso indica la existencia de diferenciales de precio intrazonas o provincias que favorecen esa movilidad (folio 255), lo que apunta a una definición supraprovincial del mercado, ya que los instaladores pueden desplazarse en ocasiones a otras provincias, cercanas o limítrofes, para la prestación de los servicios. Otro factor que invita a pensar en un mercado de mayor tamaño geográfico es el hecho de que la habilitación de empresa instaladora sea nacional, aunque su expedición se lleve a cabo por las Comunidades Autónomas. En todo caso, lo anterior refleja la existencia de solapamientos entre los ámbitos de actuación de los instaladores que pueden dar lugar a efectos de sustitución en cadena bajo condiciones normales. De esta forma, el ámbito geográfico del mercado de instalaciones no reservadas al distribuidor podría definirse, a efectos del presente expediente, como nacional.”*

Y prosigue el IPR que “Como se ha señalado, ambos mercados guardan una íntima relación, dado que el suministro físico de electricidad que se lleva a cabo a través de las redes de electricidad requiere de la realización de instalaciones de conexión, y es el distribuidor quien comunica por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnicas en las que deben realizarse las instalaciones de conexión que son por cuenta de éste. Por ello, en consonancia con la citada Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 (expte. 606/05), se considera que ambos son mercados

conexos: la situación de competencia en uno de ellos (el de redes de distribución) puede afectar a la situación de competencia en el otro (el de instalaciones eléctricas).

Con respecto a la posición de dominio de HC Distribución, ésta no solo viene determinada por la propia regulación del sector eléctrico sino también atendiendo a la cuota de mercado que alcanza en el Principado de Asturias, cercana al 97%. Y recuerda la Dirección de Investigación que aun cuando HC Distribución no tuviese posición de dominio en el mercado nacional de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor, la doctrina de los mercados conexos no requiere dominancia en los dos mercados conexos, sino tan sólo en aquél desde el cual se puede ejercer la influencia y aprovecharse para entrar en el otro mercado pudiendo expulsar a los competidores.

Establecida la posición de dominio de HC Distribución, la Dirección de Investigación argumenta que concurren en el caso presente los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de los mercados conexos, *y citando tanto jurisprudencia comunitaria (Sentencia de 11-11-1986, British Leyland, de 6-4-1995, Radio Telefis Eireann, etc), como nacional, (Expte. 513/01 Tubogas/Repsol y expte. 482/00 Gas Natural Castilla-León), como son que la empresa dominante obtenga con su actuación algún beneficio. A este respecto se ha acreditado que HC obtiene un beneficio directo al aprovecharse de la ventaja que tiene como distribuidor, cual es que su conducta le ha permitido quedarse con la práctica totalidad del mercado en el ámbito territorial ingresando más de 62 millones de euros entre 2002 y 2009 (párrafo 40).*

Establecida la posición de dominio de HC Distribución y la aplicación de la doctrina de los mercados conexos, la Dirección de Investigación pasa a valorar la incompatibilidad de las conductas con la normativa de competencia. En primer lugar se analiza la conducta relacionada con las solicitudes de los clientes para desarrollar nuevos suministros o ampliar los existentes y el comportamiento que HC desarrolla con sus respuestas a dichas solicitudes.

Para valorar la existencia de abuso de la posición de dominio la Dirección de Investigación expone cómo se ha desarrollado la conducta, según consta acreditado durante la instrucción. En primer lugar cuando el cliente quiere dar de alta un nuevo suministro o ampliar la potencia de uno ya existente, necesita contactar con el distribuidor de su zona y solicitarle el suministro. El cliente puede hacer tal solicitud personalmente o por medio de un representante, que puede y suele ser con frecuencia un instalador. Cuando el cliente delega la gestión de la solicitud en un instalador, será éste quien tenga la consideración de “solicitante”, de acuerdo con la normativa vigente (art. 44.1.a del RD 1955/2000 y art. 9.2 del RD 222/2008). Sin embargo, HC distingue entre el solicitante y el representante, aun cuando sea este último el que realice la solicitud de suministro. Así, y aunque su definición de solicitante coincide con la proporcionada por la normativa, HC asemeja la figura del solicitante a la del cliente final, de hecho, hasta la modificación del formulario en

2005 la denominación utilizada para el solicitante era la de cliente, aunque éste no esté obligado a contratar el suministro. Por esa razón HC tiene siempre acceso a los datos de contacto del cliente final (párrafo 10 Hechos Acreditados). En segundo lugar, tras recibir la solicitud de suministro, el distribuidor, cumpliendo con la normativa debe comunicar a quien se lo solicita las condiciones técnico-económicas de las obras de instalación necesarias para el alta del suministro (art. 103.2.A RD 1955/2000). Dichas “condiciones técnico-económicas” son descritas en el propio texto del artículo 103.2.A del RD 1955/2000, como ha reconocido expresamente la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de abril de 2008 citada (FD Sexto, subrayado y énfasis añadidos en el IPR):

*“Como subraya el Informe Propuesta del SDC (folio 426 del expediente), la clave del asunto (sic) está en determinar cuáles son las condiciones técnico económicas que la empresa distribuidora tiene que comunicar a los clientes por imposición del artículo 103.2.A del RD 1955/2000, y **la respuesta se encuentra en el mismo precepto, que aclara que las empresas distribuidoras facilitarán por escrito “...la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar...”**. Como observa el SDC, **la obligación de la distribuidora consiste en comunicar los derechos de acometida correspondientes a la extensión, a cuya percepción está autorizada legalmente, así como las condiciones técnicas que debe reunir la instalación, pero lo que no recoge la norma reglamentaria citada es que la distribuidora tenga la facultad para ofertar la ejecución por si misma de los trabajos a realizar desde el punto de conexión hasta el punto de suministro, entrando así en el ámbito de actuación de los instaladores electricistas**”.*

La Dirección de Investigación valora que: “(...) *la normativa obliga al distribuidor, en el caso de obras de ejecución por cuenta del solicitante, a facilitar los datos técnicos (incluido el punto de suministro) al solicitante, a efectos de que éste pueda acudir a cualquier instalador que le satisfaga, y a detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora*”. En concreto, según la normativa, la información a proporcionar por la distribuidora ante una petición de suministro debe ser el punto de conexión, la solución de alimentación eléctrica y las condiciones técnico-económicas. En caso de que la ejecución de las instalaciones deba ser por cuenta de la distribuidora, las condiciones económicas se refieren a los derechos de acometida a satisfacer a la distribuidora, mientras que en el caso de que las instalaciones deban ser ejecutadas por cuenta del solicitante las condiciones económicas se refieren igualmente a los derechos de acometida a satisfacer a la distribuidora, distintos a los derechos de extensión.

En tercer lugar, y a pesar de estas obligaciones legales la Dirección de Investigación considera acreditado: *“que HC nunca remitía las condiciones técnicas por escrito en respuesta a las solicitudes de suministro. Antes de julio de 2005 no hay ninguna constancia de que HC remitiera información alguna sobre las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución de las obras no reservadas. En julio de 2005, con la modificación del formulario de solicitud de nuevo suministro, se introdujo un*

nuevo campo denominado “persona de contacto”, a la que los técnicos de HC debían llamar para acordar la solución técnica, pero las especificaciones técnicas no se incluían por escrito en las contestaciones de HC a las solicitudes de suministro.” Y por ello valora que “Esta forma de actuar dificulta que el cliente pueda, tras recibir la contestación de HC sobre su solicitud, recabar presupuestos de terceros instaladores, puesto que la respuesta de HC no contiene la información técnica necesaria para su elaboración. Por supuesto, el cliente siempre tiene la opción de dirigirse nuevamente a HC solicitando la concreción en las condiciones técnicas, pero ello supone inevitablemente un retraso en el inicio de las obras, haciendo menos atractiva la alternativa de contratar parte de la obra con un tercero frente a la ejecución de toda la obra por HC”.

Por último, la Dirección de Investigación también considera acreditado que además de no cumplir con la remisión de la información a la que viene obligado “en sus respuestas a las peticiones de suministro, HC incluye un presupuesto detallado del total de la obra, incluyendo la parte no reservada al distribuidor. La distribuidora diferencia entre la parte de la acometida a satisfacer a la distribuidora (derechos de acceso y derechos de enganche) y la parte de la acometida (la instalación de extensión) de ejecución por cuenta del solicitante. No obstante, de forma poco rigurosa, HC incluye su presupuesto bajo el título de “derechos de extensión”, lo que puede inducir a error al solicitante, que bien puede considerar que el importe ofrecido por HC para la ejecución de la instalación de extensión es también un importe regulado normativamente”. Y que incluso hasta julio de 2005, “no se incluía ninguna mención a la posibilidad de que los trabajos pudieran ser realizados por cualquier instalador eléctrico, y que si bien desde 2005 HC indica al cliente la opción de no aceptar su oferta resulta que debe ser éste quien le comunique de forma expresa que quiere realizar las obras por su cuenta. Y sólo en ese caso, HC envía un nuevo presupuesto desglosado, en el que se incorpora sólo la parte de la obra que el cliente ha decidido que sea ejecutada por HC y la que le corresponde realizar en tanto empresa distribuidora”.

Todo lo anterior le lleva a la Dirección de Investigación a concluir que: “Por su carácter de distribuidor cuasi-monopolista en Asturias, HC dispone de un acceso privilegiado a los clientes de dicho área que necesitan un nuevo suministro (o un cambio de potencia), sabe si dichos suministros precisan de instalaciones de extensión reservadas o no reservadas al distribuidor y conoce las condiciones relevantes para poder dar un precio por la realización de las instalaciones de extensión no reservadas. En suma, HC dispone, desde el inicio de la solicitud, de una información de alto valor comercial para los instaladores que compiten en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor, y dispone de ello de una forma y en unas condiciones que no son replicables por ningún instalador.

Además, HC puede realizar ofertas para la realización de trabajos de instalación no reservados al distribuidor con un mayor grado de probabilidad de éxito que cualquier

instalador, puesto que su calidad de distribuidor zonal le otorga un mayor reconocimiento de marca, y es probable que el cliente perciba a HC como un operador más fiable que los demás instaladores, particularmente si los trabajos de instalación son para conectar la instalación receptora del cliente con la red de HC. Adicionalmente, aunque las ofertas de HC informan desde 2005 de que los trabajos no reservados al distribuidor pueden ser realizados por otro instalador, no se indica en particular cuáles son los trabajos que podrían realizarse por cuenta propia, ni tampoco se señala el punto de suministro, lo que imposibilita la petición de otros presupuestos”.

Concluye finalmente la Dirección de Investigación que: *“por el hecho de tener una posición de dominio en el mercado de redes de distribución en Asturias, HC está mucho mejor posicionado en Asturias para competir en el mercado conexo de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor que los demás actores del mercado, y utiliza dicha ventaja para competir activamente en el mercado de instalaciones no reservadas. Esta forma de actuar conlleva que la competencia en dicho mercado se vea restringida en la zona de Asturias, dado que se expulsa a los instaladores competidores del mercado.”*

En cuanto a los efectos de dicha conducta, la Dirección de Investigación remarca que como consta acreditado (párrafo 15 de los Hechos Acreditados): *“la tasa media de éxito de las ofertas de HC para realizar trabajos de conexión no reservados es del [80-90]% que significa que dicho efecto de expulsión se ha producido de manera clara desde 2002: desde entonces, HC ha recibido el 100% de las solicitudes de suministro que requieren de obras no reservadas al distribuidor y ha hecho ofertas para realizarlas en el 100% de los casos, en el [80-90]% de los cuales han sido aceptadas. De este modo, los demás instaladores solamente han realizado el [10-20]% (el [0-10]% desde 2007) de las obras de instalación que son por cuenta del cliente (no reservadas por la normativa al distribuidor). Esto refleja una distorsión grave de la competencia en el mercado de instalaciones no reservadas, por cuanto que una parte sustancial del mismo (la zona de Asturias) ve gravemente distorsionadas sus condiciones competitivas”.*

Por lo que respecta a la duración de la conducta, según la Dirección de Investigación: *“Esta actuación, que se habría venido produciendo al menos desde la entrada en vigor del RD 1955/2000, supone una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 desde el año 2000 (desde la entrada en vigor del RD 1955/2000) hasta el 1 de septiembre de 2007, y del artículo 2 de la LDC desde entonces.”*

La segunda de las conductas instruidas en el expediente objeto de esta Resolución, se refiere al denominado servicio *“Funciona”* prestado por la comercializadora del grupo, esto es, por HC Energía. Para analizar la práctica relativa a este servicio la Dirección de Investigación ha considerado un mercado adicional y conexo al de distribución: el **mercado de comercialización de electricidad a clientes residenciales y PYMES**. La comercialización es una actividad no regulada, y el art. 14 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que se refiere a la

separación de actividades, establece que: *“1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades. 2. No obstante, un grupo de sociedades podrá desarrollar actividades incompatibles de acuerdo con la Ley, siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes, y se cumplan los siguientes criterios de independencia: (...)”.* Entre estos criterios de independencia se encuentra el que señala que *“las sociedades que realicen actividades reguladas, así como sus trabajadores, no podrán compartir información comercialmente sensible con las empresas del grupo de sociedades al que pertenezcan, en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas”.* La razón de tal prohibición no es otra que evitar el abuso de una posición de dominio en un mercado (normalmente regulado) para tratar de alcanzar ese poder en otro distinto (liberalizado)”.

En el IPR se advierte que es HC Energía, empresa comercializadora del grupo, y no HC, distribuidora, quien presta el servicio *“Funciona”* a los clientes, y que por tanto, de acuerdo con la normativa, HC Energía está facultada para ofrecer a sus clientes todos los servicios no regulados como estime apropiado. De hecho, el servicio *“Funciona”* aportaría un valor añadido al servicio tradicional de reparación de electrodomésticos: la seguridad ante contratiempos y un cobro mensual ajeno a éstos, y que estos factores pueden ser tenidos en cuenta por los consumidores al contratar el servicio frente a la contratación puntual de servicios técnicos ante cada avería.

No obstante, la Dirección de Investigación argumenta que nos encontramos con que HC Distribución, empresa del mismo grupo que HC Energía, ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad en Asturias, y que durante los meses que van de febrero a julio de 2005, HC Distribución publicitó el servicio *“Funciona”* de HC Energía, mediante la introducción de ofertas y publicidad de tal servicio en los sobres de las facturas de los clientes a tarifa. Valora por lo tanto que esta conducta hizo que HC Energía pudiera aprovecharse del prestigio y del reconocimiento de marca de HC, y de la fidelización de los mismos, al haber podido inducir al consumidor a pensar que el oferente de tales servicios era la distribuidora y no la comercializadora.

Es decir, que HC Energía se benefició de la posición de HC como distribuidor en perjuicio de sus competidores y de los instaladores electricistas, que en ningún caso podrían haber accedido a una vía de publicidad de tan alto valor comercial, y que ello constituiría un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de acuerdo con la doctrina de los mercados conexos.

FENIE no ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución elevada por la DI, y la Asociación Empresarial de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de Asturias se ratifica en las alegaciones presentadas al PCH.

TERCERO.- Las alegaciones de Hidrocantábrico Distribución

El IPR ha dado contestación a las alegaciones presentada por la imputada al PCH, siendo las que aquí se exponen las alegaciones presentadas a la PR. Se hace una alegación preliminar, y después una serie de alegaciones sobre cada una de las dos imputaciones que se realizan.

En su alegación preliminar HC se reafirma en las alegaciones presentadas al PCH, sin exponerlas de nuevo por razones de economía procesal. Sostiene que las respuestas de la Dirección de Investigación a dichas alegaciones no desvirtúan los argumentos y pruebas ofrecidos, y que de haber sido tenidas en cuentas ello habría conducido al archivo de las actuaciones.

Sobre la primera de las infracciones imputada por la Dirección de Investigación, el envío de presupuestos y condiciones técnico económicas, alega que HC ha estado actuando en la creencia subjetiva de que su comportamiento se ajustaba a lo dispuesto en la normativa eléctrica vigente, sin que hubiese pretensión alguna de vulnerar la normativa de defensa de la competencia. Además los signos externos de la administración habrían reafirmado su confianza en la legalidad de su actuación.

Concreta su primera alegación a esta imputación en la inexistencia de extralimitación en el cumplimiento de la normativa eléctrica sobre el envío de condiciones técnico-económicas, pues tanto el art. 103.2.A del RD 1955/2000 como el art.9 del RD 222/2008 amparan que la remisión de las condiciones técnico-económicas al solicitante fuesen acompañadas de presupuestos para la ejecución de acometidas no reservadas a este tipo de empresas. De hecho el art.103.2.A, impone, en su opinión, el envío de presupuestos, sin distinguir si los mismos se refieren a las acometidas reservadas o a las no reservadas. Y que el hecho de que el mismo artículo imponga la necesidad de justificar los derechos de acometida, no excluye la obligación de informar de los presupuestos para el resto de obras necesarias. Insiste además en que de haber alguna duda de interpretación el art.9 del RD 222/2008 lo habría aclarado, pues interpreta que el apartado 3 impone la obligación de enviar presupuestos para todas las clases de instalaciones de extensión. Por ultimo señala que la tesis de la Dirección de Investigación se apoya en una resolución del TDC dictada antes de la promulgación del RD 222/2008.

Y en caso de que el Consejo coincida con la interpretación de la Dirección de Investigación, las alegaciones realizadas por HC sobre su interpretación de los RD 1995/2000 y 222/2008, son suficientemente concluyentes para apreciar que no concurre en este caso el elemento de la culpabilidad, y por tanto no podría apreciarse la existencia de responsabilidad administrativa.

En la segunda de las alegaciones a la primera de las imputaciones, sostiene HC que *“La Dirección de Investigación no ha demostrado que el modo de proceder de HCDE sea apto para distorsionar la competencia y que, por tanto, pueda constituir un abuso de su posición como empresa distribuidora”*. Recuerda en su alegación el

derecho a la presunción de inocencia y denuncia que la Dirección de Investigación no ha cumplido con la obligación de prueba que se deriva del art. 24.2 de la Constitución Española y 137 de la LRJPAC, pues no hay “ningún elemento en el IPR que ponga de manifiesto que el porcentaje de encargos recibidos por HCDE sea consecuencia del mero envío de un presupuesto junto con las CTE, y por tanto, que ésta práctica haya sido origen de una eventual distorsión del mercado de las instalaciones eléctricas”. La interpretación que ofrece el imputado a tan alto grado de aceptación de presupuestos radicaría en “*un buen hacer empresarial y no de una conducta abusiva*”. Ese buen hacer empresarial habría residido en “*haber ofrecido buenas condiciones para los solicitantes tanto en lo referido al precio, a la posibilidad de ejecutar conjuntamente la obra eléctrica y la obra civil o a su compromiso de ejecutar las obras en plazos determinados (...)*”.

La tercera de las alegaciones a la primera de las imputaciones es que la información técnica ofrecida ha sido adecuada. Recurre el imputado en esta alegación a que consta acta de inspección de la CNE constatando el cumplimiento general del art. 103.2 del RD 1995/2000, no siendo admisible la respuesta que la Dirección de Investigación da a esta alegación, realizada ya en su día al PCH, respecto a que la inspección constataba cumplimientos en los plazos de ejecución a que vienen obligados, pero no necesariamente al contenido. Si el contenido no fuese el adecuado, la CNE no podría haber constatado su general cumplimiento.

Y en último lugar alega que no procede considerar como circunstancia agravante la existencia de una sanción previa a Endesa ni una supuesta inducción a engaño. No puede ser considerado como agravante porque no concurren las circunstancias de la reincidencia, puesto que la sanción no le fue impuesta a HCDE. Tampoco adquirió firmeza la Resolución del TDC ni la SAN de 21 de abril de 2008, que ha sido recurrido ante el Tribunal Supremo sin que le conste a HCDE que esta institución se haya pronunciado al respecto.

Con respecto a la imputación de infracción por la gestión realizada sobre el servicio “*Funciona*”, alega en primer lugar la ausencia de motivación e improcedencia en la calificación de la conducta como muy grave. Considera que le es de aplicación la Ley 16/1989, y que la calificación de conducta muy grave procede de una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Recurre al artículo 36.bis.1.a) de la Ley 16/1989 para alegar que por su escasa importancia esta conducta no debería haber sido objeto de incoación alguna. Además insisten en que la comercialización de energía eléctrica no forma parte del mercado de referencia, y que dado lo reducido de la duración de la conducta, su escaso número de ocurrencias (solo hubo dos o tres envíos), y la nula distorsión en el mercado de reparación de electrodomésticos, no cabe hablar de afectación al mercado comunitario.

En segundo lugar, según la imputada la responsabilidad administrativa que se le imputa ha prescrito, pues así resultaría de aplicar la norma más favorable, que en este casos ería la Ley 15/2007 respecto a la institución de la prescripción. Alegan que bajo la Ley 16/1989, que es la Ley aplicable, no cabe calificar la conducta como

muy grave, sino como leve o grave, atendiendo al principio de proporcionalidad consagrado en el art.131 LRJPAC. Consecuentemente con ello, la prescripción se habría producido al año o los dos años de finalizada la conducta, esto es, como muy tarde en julio de 2007, mientras que la interrupción de la prescripción se habría producido en el momento de recibir el requerimiento de información de la Dirección de Investigación de fecha 7 de abril de 2009. Y aun en el caso admitir que la infracción fuese muy grave, también habría ocurrido la prescripción, dado el tiempo de inactividad de la Dirección de Investigación, ocho meses, entre el momento en que realizó y fue contestado el requerimiento de información, abril del 2009 y el momento de la incoación en diciembre de 2009. Esta injustificada inactividad determina, en opinión del imputado, la caducidad del procedimiento de investigación y por tanto la incapacidad del requerimiento de información para interrumpir la prescripción.

Finaliza sus alegaciones solicitando la realización de vista ante el Consejo de la CNC.

CUARTO.- La posición de dominio de HC y los mercados conexos afectados

El Consejo comparte la apreciación realizada por la Dirección de Investigación respecto a que en la primera de las conductas imputadas nos encontramos con la existencia de dos mercados relevantes diferenciados, el de redes de distribución de energía eléctrica y el mercado de instalaciones eléctricas como mercado conexo al anterior. Es, también, la misma delimitación propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia y determinada por el TDC en su Resolución 606/05 ASINEM ENDESA, de 14 de diciembre de 2006. Esta delimitación resulta ya a estas alturas, en opinión de este Consejo, incontrovertida, no sólo porque no ha sido cuestionada por el imputado, sino porque la misma ha sido ratificada primero por la Audiencia Nacional en la sentencia de 21 de abril de 2008 de desestimación dictada en el recurso contra la citada resolución del TDC, y segundo porque dicha sentencia de la AN ha sido ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo en su sentencia del 10 de abril de 2011. La AN resume en su FD Cuarto que: *"(...) el SDC definió con precisión los mercados afectados y la conducta abusiva imputada, de manera que la empresa recurrente tuvo un conocimiento preciso para su defensa en la fase ante el TDC. En particular, el SDC se refiere a dos mercados en los que interviene la empresa recurrente, el de distribución de energía eléctrica en la Isla de Mallorca, respecto de cuya definición no se plantea duda alguna, y el mercado relacionado con el suministro, que se define por el SDC como "...el de la realización de las instalaciones eléctricas necesarias para efectuar el mismo...", en el que interviene la empresa recurrente normalmente a través de empresas de instalación subcontratadas, siendo en este último en el que se produce la competencia con los instaladores eléctricos (...)"*. (Subrayado añadido).

Por lo que respecta a la dimensión geográfica del mercado de distribución en el que opera HC en este expediente, éste viene limitado por el alcance de sus redes, en

concreto será el Principado de Asturias. En cuanto al mercado de las instalaciones eléctricas necesarias para habilitar un suministro o una ampliación del mismo, la Dirección de Investigación concluye en su IPR que si bien tiene un marcado carácter local, pues los instaladores operan en un radio de 90 km, concurren otras circunstancias que llevarían a una dimensión nacional del mismo. Entre estas circunstancias destacan el que las autorizaciones se otorgan a nivel nacional (aunque las expiden las autoridades autonómicas), y el que algunas empresas instaladoras radicadas en una provincia también operan en otra. También menciona que FENIE informa de la existencia de diferencias de precios entre provincias. Y bajo el argumento de que existen solapamientos entre los ámbitos de actuación de los instaladores que pueden dar lugar a efectos de sustitución en cadena, concluye la Dirección de Investigación que el ámbito geográfico de este mercado podría definirse, a efectos de este expediente a nivel nacional.

El Consejo considera, sin embargo, que algunas de las circunstancias observadas podrían sugerir delimitaciones de este mercado más reducidas y delimitarse a ámbitos locales o regionales. Y así podría deducirse del hecho de que los instaladores operen de forma habitual en un radio de 90 km, o el que se mantengan aun diferencias significativas en los precios de estos servicios entre distintas provincias. No obstante, dado que lo que se está valorando es una conducta de abuso de posición de dominio que tiene efectos en un mercado conexo, no es preciso para su resolución una delimitación concisa y cerrada en ese mercado conexo como sí lo es el mercado principal. En dicho mercado principal, el de la distribución de energía eléctrica, el Consejo valora, siguiendo la jurisprudencia, que la dimensión es regional, y en el caso presente la misma es la comprendida en el Principado de Asturias.

La segunda de las conductas consiste en el envío que Hidrocantábrico Distribución habría realizado de la publicidad de un servicio que presta una empresa del mismo grupo empresarial, HC Energía. Dicho servicio, denominado "*Funciona*", es básicamente un seguro que cubriría prestaciones tales como la revisión eléctrica de la instalación eléctrica de la vivienda, la asistencia en emergencias, o la reparación de la instalación eléctrica, a cambio del pago mensual de 3 euros, facturado semestralmente en la factura de energía, con un importe anual sin IVA de 70 euros al año. De nuevo nos encontramos con que es la distribuidora la que ejecuta la conducta, pero el efecto de la misma no se manifiesta en la distribución de energía eléctrica sino en un mercado de servicios de revisión y reparación de instalaciones eléctricas y de reparación de electrodomésticos. Este último mercado es el que el Consejo considera que es el mercado relevante afectado por esta segunda conducta, y no el de comercialización de energía eléctrica como sugiere el IPR. No se ha llevado a cabo un análisis para determinar si el mercado de reparación de electrodomésticos debe ser considerado un mercado separado del mercado de instalaciones eléctricas, o si ambos servicios podrían considerarse dentro del mismo mercado, pero ciertamente el mismo no es tampoco imprescindible para valorar la existencia de un abuso de la posición de dominio de Hidrocantábrico Distribución

con efectos en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas o, en su caso, en los mercados conexos de las instalaciones eléctricas y de las reparaciones de electrodomésticos. Igual apreciación a la realizada previamente por el Consejo merece su dimensión geográfica.

Delimitado el perímetro de los mercados relevantes de esta conducta necesarios para la valoración de la conducta, debe pasarse al análisis de la posición de dominio de la imputada. El Consejo, teniendo en cuenta la jurisprudencia ya citada, considera suficientemente acreditado en este expediente que Hidrocantábrico Distribución, con una cuota del 97% de las redes de distribución del Principado de Asturias, y la imposibilidad legal de que exista un oferente en competencia con él en ese ámbito geográfico, tiene posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica en el Principado de Asturias.

QUINTO.- El abuso de HC ante las demanda de aumentos o nuevos suministros de energía eléctrica

Este Consejo ya ha tenido ocasión de conocer el funcionamiento operativo que se produce cuando un cliente final demanda de un distribuidor eléctrico un nuevo suministro de energía eléctrica o una ampliación del suministro existente, y se ha pronunciado ya respecto a la compatibilidad con la normativa de competencia de ciertas conductas de los distribuidores a la hora de dar respuesta a esa demanda. Sobre dichos pronunciamientos también han sentenciado ya la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, ratificando la resolución de instancia del TDC, Resolución 606/05 ASINEM ENDESA. El Consejo, por los motivos que a continuación se exponen valora que la conducta desarrollada por Hidrocantábrico Distribución desde al menos el año 2001 y al menos hasta la incoación del presente expediente, es de la misma naturaleza y tiene elementos comunes con la conducta sancionada en la citada resolución de 14 de diciembre de 2006, y constituye un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 LDC y el artículo 102 TFUE.

Tal y como consta acreditado en el IPR, es HC Distribuidora quien, por su condición de único distribuidor de energía eléctrica autorizado en la zona, recibe la totalidad de solicitudes para realizar nuevos suministros de energía eléctrica en la zona en la que él es el titular de la red de distribución. La regulación sectorial determina que si bien es el distribuidor quien debe dar respuesta sobre el diseño técnico e instalaciones necesarias para poder realizar lo solicitado por el cliente, ello no significa que deba ser el distribuidor quien deba realizarlas. Dicha regulación distingue cuales son las instalaciones cuya ejecución queda reservada al distribuidor y cuáles pueden ser realizadas por cualquier instalador autorizado. Entre las reservadas al distribuidor se distinguen cuales generan derechos de cobro al distribuidor y cuales son por su cuenta. El regulador ha entendido que existe una serie de instalaciones que pueden ser realizadas por cualquier instalador autorizado para ello, y por lo tanto lo deseable y esperable es que el mercado de este tipo de servicios funcione en condiciones de competencia, de tal forma que los participantes en el mismo puedan competir por la

demanda del mismo en igualdad de condiciones. De la conducta analizada se concluye que las condiciones de competencia en este mercado se han visto claramente distorsionadas por la conducta de Hidrocantábrico Distribución, pues las respuestas dadas a dichas solicitudes iban acompañadas de un presupuesto por todas las instalaciones necesarias para poner en marcha dicho suministro, presupuesto que supone una oferta comercial al cliente, y no sólo la información de las denominadas Condiciones Técnico-Económicas establecidas en la regulación. Esta respuesta, como ha valorado la Dirección de Investigación en el IPR, le otorga una clara ventaja competitiva a Hidrocantábrico Distribución, que no puede ser replicada por ninguno de sus competidores en el mercado de las instalaciones eléctrica, pues ninguno tienen acceso a la totalidad de la demanda que se genera en ese mercado salvo la imputada. Sólo si el cliente, una vez recibida la información técnica a la que el distribuidor viene obligado a remitirle, acude a un instalador, podría este realizar un segundo presupuesto, es decir, solo si el cliente quiere comparar servicios tendrá el instalador independiente una oportunidad de ofertarlos, mientras que Hidrocantábrico Distribución con la conducta desarrollada está ofertando siempre servicios para los que no tiene reserva alguna, y por lo tanto debería competir por ellos en igualdad de competencia con el resto de oferentes. Esta conducta la puede desarrollar Hidrocantábrico Distribución apoyándose en la posición de dominio que le da el tener el monopolio en el mercado de la distribución de energía eléctrica en el principado de Asturias, pues sólo por ello tiene acceso a una información que resulta fundamental para competir en un mercado como el de los servicios de instalaciones eléctricas que debe, sin ningún género de dudas, operar en competencia, tal y como el legislador ha dispuesto.

El envío de un completo presupuesto, por las obras reservadas y las no reservadas, al tiempo que envía las condiciones técnicas-económicas a las que viene obligado regulatoriamente, supone hacer un uso privilegiado para fines comerciales de una información que obtiene como operador monopolista y regulado en otra actividad conexas. Las ventajas que obtiene con la conducta en el mercado conexo de los servicios de instalaciones eléctricas son claras, es el primero en ofertar, y puede que finalmente sea el último, pues sólo tendrá un presupuesto en competencia con el suyo si el cliente activamente opta por solicitar otro presupuesto.

El mero hecho de enviar el presupuesto completo junto con las condiciones técnicas fue la conducta sancionada por el TDC en la resolución el expediente 606/05 ASINEM ENDESA, y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 2011, ratificando la de la Audiencia Nacional, de 21 de abril de 2008, recuerda que el TDC en su FD3º dice:

“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...” y el TS dice: “Esa es, por tanto, la práctica que se sanciona, el ofrecimiento de la prestación servicios de extensión y acometida aprovechando

su posición privilegiada en el mercado de suministro”, y más adelante, el TS en el mismo FD vuelve a resumir: “De los términos de la Sentencia impugnada que se acaban de reproducir es posible constatar perfectamente la descripción de la conducta sancionada, cual es la de presentar una oferta de las obras de extensión y acometida de las instalaciones aprovechando el momento de cumplir su obligación legal de proporcionar la información técnica correspondiente al cliente que pretende efectuar dichas obras. Tal como se expone con toda claridad en la Sentencia impugnada la posición privilegiada de distribuidor eléctrico único en la isla obliga a la recurrente a no aprovecharse de dicha posición, separando nítidamente su posición dominante como distribuidor, bajo cuyo título está obligado a proporcionar a los usuarios determinada información técnica, de su participación en competencia con otros instaladores en el mercado de realización de las obras de extensión y acometida. La claridad con que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia describen la conducta sancionada y la modificación de la conducta requerida para no incurrir en abuso de la posición de dominio que ostenta en el mercado de la distribución, en el mercado conexo de las obras de extensión y acometida, hace sorprendente la formulación de este motivo, que está inevitablemente condenado al fracaso.”

Reconoce el TS en su FD Tercero, reproduciendo el FD Sexto de la SAN, en relación con los casos de instalaciones no reservadas al distribuidor, que:

“Es cierto que, en tales casos, el artículo 103 A del RD 1955/2000 impone a la empresa distribuidora, es decir, a ENDESA DISTRIBUCION en este caso, que comunique por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnico- económicas para realizar el mismo, pero la actuación de la empresa recurrente en ocasiones no se limitó a comunicar esas condiciones económico técnicas, sino que fue más allá e hizo llegar además a los propietarios una oferta de ejecución y presupuesto de las obras de extensión y acometida.

Como subraya el Informe Propuesta del SDC (folio 426 del expediente), la clave del asunto (sic) está en determinar cuáles son las condiciones técnico económicas que la empresa distribuidora tiene que comunicar a los clientes por imposición del artículo 103.A del RD 1995/2000 , y la respuesta se encuentra en el mismo precepto, que aclara que las empresas distribuidoras facilitarán por escrito “...la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar...”. Como observa el SDC, la obligación de la distribuidora consiste en comunicar los derechos de acometida correspondientes a la extensión, a cuya percepción está autorizada legalmente, así como las condiciones técnicas que debe reunir la instalación, pero lo que no recoge la norma reglamentaria citada es que la distribuidora tenga la facultad para ofertar la ejecución por si misma de los trabajos a realizar desde el punto de conexión hasta el punto de suministro, entrando así en el ámbito de actuación de los instaladores electricistas.”

(..)

“La conducta abusiva contraria al artículo 6.1.a) LDC consiste, como sostienen el SDC y el TDC, en aprovecharse la empresa distribuidora recurrente de los datos conseguidos en virtud de su posición de monopolista en la distribución de la energía eléctrica en la isla de Mallorca, para introducirse mediante el envío de estas comunicaciones en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas desplazando a los instaladores electricistas. Como recuerda el TDC en la Resolución impugnada, un operador dominante tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de las condiciones de competencia, y por tal razón la posición de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado del suministro de electricidad le obliga a ser especialmente cuidadosa en su actuación para no distorsionar la competencia en ese mercado de la distribución o en otros conexos, pero ENDESA DISTRIBUCION ha omitido ese deber de especial cuidado, al aprovechar su obligación legal de informar a los clientes de las condiciones técnicas económicas para presentar, en ese momento, una oferta de prestación de servicios en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión, lo que ha producido el efecto de distorsionar la competencia en este último mercado, como seguidamente comentaremos.”

La primera alegación de HC se centra en que no ha habido extralimitación por su parte y argumenta que tanto el artículo 103.2.A del RD 1995/2000 como el 9.2 del RD 222/2000 refrendan su forma de actuar. El Tribunal Supremo, con respecto al contenido del citado artículo 103.2.A ya se ha pronunciado, diciendo que: *“en modo alguno el artículo 103.2.A del Real Decreto 1955/2000 obliga a ofrecer tales presupuestos”* y añade que *“Es verdad que el precepto, dedicado a la calidad de la atención al consumidor, se refiere en el apartado 2.A a la elaboración de los presupuestos relativos a nuevos suministros, pero es igualmente claro que "a partir de la solicitud de un suministro", a lo que queda obligada la empresa distribuidora no es a la presentación de un presupuesto de instalación, sino a proporcionar los datos necesarios para dicha instalación -y, por tanto, para la elaboración de un presupuesto por cualquier instalador-, en concreto a informar sobre "el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo"”*.

Y con respecto a que el artículo 9.3 del RD 222/2008, alega HC que vendría a aclarar cualquier duda que hubiese podido surgir de la interpretación del art. 103.2.A del RD 1995/2000, y que la RTDC es anterior a este nuevo precepto. Idéntica interpretación a la realizada por el TS respecto al 103.2.A, cabe realizar por este Consejo respecto al 9.2. El párrafo completo de donde el imputado realiza ciertas selecciones dice: *“En todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red, las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros serán determinadas por el Gestor de la Red de distribución, que deberá tener en cuenta criterios de desarrollo y de operación al mínimo coste de las redes de distribución garantizando la calidad de suministro.”* Es decir, que el Gestor de la Red, en este caso HC, deberá determinar, para todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red lo siguiente: las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de

tensión, el punto de conexión, y la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros. No puede acoger este Consejo la alegación que, basándose en la siguiente extracción seleccionada de dicho párrafo, como es que: “las condiciones técnico-económicas sobre (...) la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros”, concluye que *“dicho precepto es tajante al señalar que el envío de condiciones técnico-económicas se habrá de realizar en todos los casos de instalaciones de nueva extensión de red y que dichas condiciones han de incluir la solución de alimentación eléctrica, esto es, la nueva acometida que sea preciso construir”*. Este Consejo no puede compartir una alegación que lleva a interpretar una norma en el sentido de que la misma imponga a un operador obligaciones de prestación de un servicio, mediante la oferta de su presupuesto, sobre el que no tiene obligaciones regulatorias porque otros instaladores en el mercado pueden suministrarlo. Lo que la norma impone al Gestor es la determinación de la solución de alimentación, no que tenga que hacer también un presupuesto, si en dicha solución intervienen instalaciones no reservadas al distribuidor.

En la conducta analizada en este expediente la Dirección de Investigación aprecia otros elementos en las respuestas dadas por el distribuidor, además del envío del presupuesto completo, que contribuyen a distorsionar la competencia en el mercado afectado por la conducta. Consta acreditado que la información técnica remitida no es suficiente para que un tercero pueda elaborar un presupuesto independiente, concretamente no se remiten los puntos de conexión, con lo cual no puede calcularse la distancia entre éste y el punto de suministro. Además, de la totalidad de instalaciones que es preciso realizar no constan de forma separada las que están reservadas al distribuidor y las que no lo están. Estas ausencias provocan la necesidad de que el solicitante realice actuaciones adicionales para poder obtener un presupuesto alternativo y poder comparar competitivamente ambos. El solicitante tras recibir la respuesta debe ponerse en contacto de nuevo con el distribuidor y solicitarle tanto la identificación del punto de conexión como las instalaciones que puede contratar con otros instaladores independientes. Una vez recibidas podrá entonces dirigirse a dichos instaladores independientes y solicitarles un presupuesto con el que comparar el recibido. Esto indudablemente aumenta las transacciones que el solicitante debe realizar y demora el momento de su decisión final, provocándole un perjuicio. De hecho, para evitar dichos costes de transacción el solicitante puede verse más incentivado a aceptar el presupuesto inicial recibido, aunque no solicitado, del distribuidor con la expectativa racional de poder ser suministrado de energía eléctrica en un menor tiempo.

A este respecto alega HC que la información técnica ofrecida ha sido la adecuada y recurre a la CNE citando informe de 22 de diciembre de 2010, del que extracta lo siguiente: *“no existe normativa básica [...] en la que se establezca el contenido mínimo de las condiciones técnicas”*, y por tanto dice HC que *“teniendo en cuenta esa situación de indefinición reglamentaria, no se comprende como la Propuesta puede señalar que HDCE no proporciona la información requerida”*. El Consejo considera que no es necesario un análisis en este expediente sobre el contenido

mínimo de las condiciones técnicas para que se haya acreditado que un elemento esencial como es el conocer el punto de conexión de una nueva instalación eléctrica, no se ha venido suministrando por HC Distribución en sus respuestas a solicitudes de nuevos suministros. Tan esencial es dicho elemento que siguiendo el ya citado por el imputado artículo 9.2 del RD 222/2008 ese punto debe ser determinado por el Gestor de la Red en todas las instalaciones de nueva extensión de red.

Por último, consta acreditado que HC Distribución ha enviado presupuestos de ejecución de las instalaciones necesarias para el nuevo suministro en el 100 % de las solicitudes de nuevo suministro recibidas. De la información disponible se deduce que de las solicitudes recibidas, una parte no conllevan coste alguno para el cliente, del 30 al 40% según los años; otras son de ejecución obligatoria por el distribuidor, con repercusión de coste para el solicitante (entre un 30 y un 35%); y el resto pueden ser ejecutadas por el solicitante, es decir las puede realizar un instalador independiente (hasta el año 2005 suponían una media inferior al 40%, y después del 2005 superior a ese 40%). En la segunda mitad del año 2005 se introducen cambios en los datos requeridos en la solicitud de suministro, incluyéndose dos nuevos campos: la dirección de envío de la correspondencia y la persona de contacto para la solución técnica. De todos los presupuestos enviados (al 100% de las solicitudes recibidas) la aceptación de presupuestos entre 2002 y 2006 fue inferior al 77%, siendo los años más bajos el 2002 y el 2005, con un [70-80]%. Ese nivel de aceptación se volvió del [90-100]% los años 2007 a 2009, es decir, prácticamente toda la demanda de nueva instalación del Principado de Asturias que podía ser ejecutada por un instalador independiente, fue, sin embargo, contratada por HC Distribución, y solo un 3% del mercado quedó en manos de instaladores independientes.

HC Distribuidor alega que no se ha demostrado que su modo de proceder sea apto para distorsionar la competencia y que, por tanto, pueda constituir un abuso de su posición como empresa distribuidora. No comparten dicha apreciación ni el TS ni la AN cuando dicen que: *“el abuso, en la forma que antes se ha descrito de aprovechamiento de los datos conseguidos en el mercado de la distribución de energía eléctrica para introducirse, mediante el envío de ofertas de ejecución de obras, en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas de acometida y extensión, se considera directamente acreditado por las comunicaciones realizadas por la empresa recurrente, que obran en autos y que ya se han citado, así como por el propio reconocimiento de la recurrente”*.

Este Consejo recuerda que estamos ante un abuso de posición de dominio, y el abuso que consta acreditado es el envío de presupuestos a los solicitantes, (todos los de la zona) presupuesto que el resto de instaladores del mercado no pueden enviar porque desconocen la existencia de esa demanda. El único que conoce esa demanda es HC Distribución, y haciendo uso de esa información obtenida de forma privilegiada, distorsiona las condiciones de competencia en el mercado. Sin que pueda cuestionarse, tras todo lo fundamentado en el presente Fundamento de

Derecho, la aptitud para distorsionar la competencia en el mercado afectado. Además los resultados de la instrucción realizada que constan en el IPR acreditan la existencia de efectos de esta conducta, como muestran las tablas aportadas. El 81% de las extensiones que podrían ser realizadas por cualquier instalador de la zona, se realizan por instaladores de HC, siendo esa media del 75% para el periodo 2002-2006 y del 97% para el periodo 2007-2009.

Alega HC Distribución que no se ha probado que ese alto porcentaje sea por el hecho de que ella envíe el presupuesto con las Condiciones Técnico-Económicas, y que se debe demostrar ese efecto. Se remite este Consejo a la citada STS de 10 de febrero de 2011 en la que el Alto Tribunal, ante pareja alegación dictaminó que: *“tal incremento no es el hecho base del que se deduce una conducta abusiva como sostiene la recurrente, sino el efecto apreciable en el mercado afectado de la conducta contraria a la competencia.”*

SEXTO.- El abuso de HC en el envío de la publicidad del servicio “Funciona”

Consta acreditado en el expediente que el servicio “Funciona” es un producto que comercializa y suministra la empresa Hidrocantábrico Energía, filial del grupo matriz al que también pertenece HC Distribución, y cuya actividad económica se basa en la comercialización de energía eléctrica a los denominados clientes cualificados en el mercado liberalizado de la comercialización. Además dicha empresa oferta otros servicios como el que aquí ha sido objeto de análisis, el servicio “Funciona”. Este servicio, como ya se ha descrito anteriormente, consiste en una suerte de seguro que según describe la publicidad remitida quien lo suscribe le da derecho a una serie de prestaciones, como la revisión de sus instalaciones eléctricas, la reparación de las mismas, y la reparación de electrodomésticos eléctricos entre otras.

Se trata de una serie de servicios que no forman parte de las actividades reguladas dentro de la LSE, ley que impone a las empresas que desarrollan actividades reguladas, como es el caso de HC Distribución, que no realicen ninguna otra actividad distinta a la regulada. Impone la separación funcional entre actividades reguladas y no reguladas. Entre los propósitos de tal separación funcional está el impedir que ciertas ventajas obtenidas por las empresas reguladas en su calidad de monopolios regulados puedan ser utilizadas por otras empresas del grupo cuya actividad no está regulada y debe competir en los mercados en los que opere en condiciones de igualdad con el resto de oferentes.

En el caso que nos ocupa, Hidrocantábrico Distribución con su actuación, ha procurado una ventaja competitiva a una empresa de su grupo empresarial, Hidrocantábrico Energía, en el mercado o mercados en que ésta última opera, como son los de servicios de instalación y reparación de instalaciones eléctricas y de electrodomésticos. Ha utilizado para ello recursos de producción de uso exclusivos de la distribuidora, como son la base de datos de los clientes del mercado regulado, la logística de la distribución postal para comunicarse con los consumidores finales y, según consta en la publicidad remitida, la infraestructura necesaria para la

facturación de dicho servicio. Por lo tanto, se puede concluir que el coste comercial del servicio ofertado y prestado por HC Energía ha sido sufragado por HC Distribución, pues la publicidad se ha enviado a los clientes que figuran en la base de datos de HC Distribución y usando la infraestructura que HC Distribución utiliza para el envío de las facturas mensuales. Además la gestión del cobro del servicio también la estaría realizando HC Distribución, pues según consta en la publicidad, con el fin de facilitarle el servicio al consumidor final, le informan de que se lo cobrarán semestralmente y se lo incluirán en la factura de energía.

Consecuentemente con ello, el Consejo valora que, independientemente de la infracción de normativa sectorial que podría suponer la falta de separación funcional que revela esta conducta, desde la óptica del análisis de la defensa de la competencia, HC Distribución ha infringido el artículo 6 de la LDC y 102 del TFUE. Dicha infracción se ha producido cuando Hidroeléctrica Distribución ha utilizado la información privilegiada sobre clientes finales que le da la posición de dominio que tiene en el mercado de la distribución para introducir a una empresa del grupo, Hidrocantábrico Energía, en otro mercado, el de la provisión de servicios de instalación, revisión, mantenimiento y reparación de instalaciones eléctricas y de electrodomésticos. Ninguna empresa ajena al grupo puede replicar la difusión realizada por Hidrocantábrico Distribución, y no solo, que también, por el coste financiero que tamaña campaña publicitaria puede conllevar, pues va destinada a la práctica totalidad de consumidores finales de energía eléctrica en el mercado a tarifa, sino por la imposibilidad de acceder a la base de datos con la información completa sobre el destinatario y su dirección postal. Es evidente que cualquier otro oferente en el mercado podría, como señala la Dirección de Investigación, replicar el contenido de la oferta, pero no es posible que ninguno de ellos pueda realizar la difusión que entre febrero y julio de 2005 hizo de dicho servicio Hidrocantábrico Distribución. Además del uso de información privilegiada, el envío de la publicidad por el mismo canal que el envío de las facturas mensuales en un mercado regulado, implica la existencia de subsidios cruzados entre empresas reguladas y no reguladas que benefician al grupo matriz y distorsionan las condiciones de competencia en el mercado no regulado.

Por todo lo anterior, este Consejo no puede sino concluir que la conducta supone claramente un abuso de la posición de dominio de Hidrocantábrico Distribución. Esta conducta se desarrolló entre febrero y julio de 2005 en el ámbito del Principado de Asturias, según consta acreditado.

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

SÉPTIMO.- El cálculo de la sanción

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, Hidrocantábrico Distribución alega de forma preliminar que en todo momento actuó en la creencia subjetiva de que su comportamiento se ajustaba en todo momento a lo dispuesto en la normativa eléctrica vigente, sin pretender vulnerar la legislación en materia de competencia. El artículo 10 LDC, que regula la imposición de las sanciones de la Ley 16/1989, establece que las sanciones que la norma establece serán impuestas a las empresas que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en sus artículos 1, 6 ó 7. Se requiere pues para la imposición de las sanciones que la conducta sea realizada de forma dolosa o culposa, sin que sea un requisito para determinar la responsabilidad del infractor pretensión alguna del efecto distorsionador de la competencia que la conducta ocasiona. En la SAN de 21 de abril de 2008, anteriormente citada, dice a este respecto que *“la presencia del requisito de culpabilidad está suficientemente acreditada en la Resolución impugnada”* porque *“la Resolución impugnada aprecia una actuación negligente o carente de atención y de cuidado en la empresa actora.”* Se basa en que *“no ha observado esos deberes de atención y cuidado en el mantenimiento de las condiciones de competencia, sino que ha aprovechado la oportunidad que le ofrece su posición privilegiada en el mercado del suministro eléctrico y la regulación reglamentaria del sector, para remitir unas ofertas de prestación de servicios en el mercado conexo de la instalación de acometida y extensión, lo que supone cuanto menos una omisión de la diligencia exigible derivada de su privilegiada posición de dominio”*. Entiende el Consejo que tal fundamento es de total aplicación al caso presente, por la identidad de las conductas sancionadas en aquella y en esta ocasión.

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

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

La primera de las conductas de las que es responsable Hidrocantábrico Distribución es una infracción muy grave, de la que además constan acreditados sus efectos en el mercado. En efecto, la instrucción realizada ha acreditado que durante el periodo

acreditado de la conducta, los instaladores independientes de Hidrocantábrico Distribución sólo han llegado a operar en una parte del mismo inferior al 30% entre los años 2002 y 2006, y esta parte aun se ha visto más reducida durante los años 2007 a 2009, en los que apenas han alcanzado una cuota del 3% del mercado. El Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 10 de febrero de 2011, ante alegaciones de la misma naturaleza y nivel que las aquí presentadas señaló que: *“La Sala de instancia da por acreditado un importante aumento de cuota de la recurrente en el referido mercado conexo que no puede dejar de asociarse a los efectos del comportamiento de la recurrente que ha sido sancionado.”*

Se trata pues de una infracción en la que se ha constatado efectos de un abuso de posición de dominio de una empresa sometida a obligaciones regulatorias, sin que su acreditación requiera un cálculo económico exacto de los mismos. Se trata de una conducta cuyos efectos se dejan ver en un sector donde la asimetría entre la empresa sancionada y el resto de operadores es infinita. El infractor pertenece a uno de los grupos empresariales del sector energético con mayor implantación y con un reconocido nombre de prestigio, lo que ya por si solo le confiere una ventaja competitiva legal, innegable a la hora de empezar a competir en mercados conexos al del suministro de energía eléctrica, y en los que tradicionalmente no había operado. Por el contrario, el resto de operadores con los que compete en los servicios de instalaciones eléctricas se caracterizan por ser empresas mayoritariamente de pequeño tamaño, con vocación local o regional, que con actuaciones como la aquí sancionada ven dificultado su desarrollo empresarial. Por todo ello no puede dejar de valorarse como una infracción muy grave que ha desplegado sus efectos, aunque estos sean de difícil estimación, pues no puede tampoco partirse de la base que la totalidad de los trabajos que HC Distribución ha contratado en el mercado afectado sean producto de la infracción, pues dado su prestigio en el mercado, es lógico suponer que una parte de los clientes habrían contratado con HC Distribución aunque hubiesen dispuesto de otras ofertas en competencia. La dimensión del mercado viene marcada por la facturación obtenida en el mercado afectado, y su duración acreditada ha sido de al menos nueve años, aunque no ha sido posible obtener la facturación correspondiente al año 2001, por lo que se ha extrapolado la facturación del 2002 al 2001 con el objeto de calcular la base de la sanción. Con respecto a la cuota de mercado del infractor, ésta está próxima al monopolio.

Consecuentemente con todo lo expuesto, el Consejo considera proporcionado imponer a Hidroeléctrica Distribución una sanción del 5% del volumen de ventas generado en el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas, ponderando el periodo de tiempo de infracción. Resulta de ello una multa base de 315.000 euros.

En la segunda de las conductas sancionadas en esta resolución, el envío de la publicidad sobre el servicio *“Funciona”*, el Consejo valora que es una infracción muy grave con un alto potencial de distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de las instalaciones, mantenimiento y reparación de instalaciones eléctricas

y de electrodoméstico. No obstante, dada la escasa duración de la conducta, y la falta de acreditación de efectos, este Consejo considera proporcionado imponer una sanción de 50.000 euros.

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

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION ha infringido el artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 TFUE, al enviar presupuestos para la ejecución de instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor en las comunicaciones de las condiciones técnico-económicas para nuevos suministros, desde al menos el año 2001.

Segundo.- Declarar que HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION ha infringido el artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 TFUE, al enviar junto a las facturas por el suministro de energía eléctrica a tarifa otra información sobre servicios ofertados por otra empresa del grupo matriz.

Tercero.- Sancionar a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION con una multa de 315.000 EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Primero de esta Resolución.

Cuarto.- Sancionar a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION con una multa de 50.000 EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Segundo de esta Resolución.

Quinto.- Intimar a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION a que cese en las conductas sancionadas.

Sexto.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

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



