

## RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0446/12, ENDESA INSTALACIÓN

### CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

#### Presidente

D. José María Marín Quemada

#### Consejeros

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D<sup>a</sup> Clotilde de la Higuera González

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

#### Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de julio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0446/12, ENDESA INSTALACIÓN, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2018 (recurso 317/2014), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA, S.L. (en adelante, ENDESA) contra la resolución del Consejo de la CNMC de 10 de julio de 2014 (expediente S/0446/12, ENDESA INSTALACIÓN).

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 10 de julio de 2014 el Consejo de la CNMC dictó la resolución final del expediente administrativo de referencia en la que acordó:

**“PRIMERO.-** Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es autora la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN, consistente en el cobro indebido por la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red, en casos en los que correspondería a la empresa distribuidora asumir la ejecución de tales instalaciones con el cobro de los derechos de extensión vigentes, abusando así de su posición de dominio en el mercado de instalaciones eléctricas reservadas en las zonas de distribución que gestiona, que ha tenido lugar al menos desde 2009 de forma sistemática y regular.

**SEGUNDO.** - Imponer a la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN, como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 1.181.309 euros.

**TERCERO.** - Intimar a la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN para que cese en la conducta y en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares, por sí misma o a través de sus filiales, que puedan obstaculizar la competencia.

**CUARTO.** - Instar a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución”.

La resolución fue notificada a ENDESA el 17 de julio de 2014 (folio 64) y ésta interpuso contra ella recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 452/2012). Asimismo, solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa que fue concedida mediante auto de 24 de octubre de 2014.

2. La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por la empresa (sentencia de 7 de mayo de 2018. Recurso 317/2014) y ordeó a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa. La CNMC recibió el 30 de agosto de 2018 testimonio de firmeza de la sentencia.
3. El 18 de junio de 2014, se acordó requerir a ENDESA información acerca de su volumen de negocios total en el año 2013.

El 26 de junio de 2014 ENDESA señaló que la cifra correspondiente al importe de la retribución obtenida en 2013 ascendió a 2.221.427.000 euros (folio 4916 S/0446/12).

4. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 11 de julio de 2019.

## II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### PRIMERO. - Habilitación competencial

Compete a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolver los procedimientos sancionadores aplicando la LDC “*en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”<sup>1</sup>.

### SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera

<sup>1</sup> Véanse los artículos 5.1.c) y 20. 2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

realizado una actividad objeto de recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNMC impuso a ENDESA una multa de 1.181.309 € por una infracción muy grave del art. 2 LDC.

Dado que la Audiencia Nacional anuló la multa impuesta y ordenó a este organismo cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, procede ejecutar el citado mandato.

### **TERCERO. Sobre la determinación de la sanción**

#### **1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 10 de julio de 2014**

Los hechos acreditados en la resolución de 10 de julio de 2014 que han sido confirmados por la Audiencia Nacional.

Esta resolución hace íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la Resolución sancionadora. En ella se acredita que ENDESA ha incurrido en una práctica de abuso de posición de dominio en el mercado de instalaciones eléctricas reservadas en las zonas de distribución que la empresa gestiona, prohibida en el art. 2 LDC. La misma ha consistido en el cobro indebido por la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red en casos en los que correspondería a la empresa distribuidora asumir esta ejecución y el cobro de los derechos de extensión vigente por encontrarse en terrenos urbanizados y a los precios regulados denominados derechos de extensión.

La resolución afirma que “resulta evidente que, en el presente caso, ENDESA DISTRIBUCIÓN cobró y presupuestó cantidades muy superiores a las que le habría correspondido aplicar, por lo que tuvo unos ingresos que, de haber aplicado la normativa vigente con rigurosidad, no habría obtenido.”

Señala, la Resolución que la conducta se debe enmarcar en el concepto genérico contenido en el primer párrafo del artículo 2 de la LDC, en el cual se establece que “queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional” ENDESA DISTRIBUCIÓN goza efectivamente “*de un poder de mercado monopolístico*”. Por ello “*el que se hayan impuesto por parte de la empresa distribuidora unos precios no equitativos a los clientes, permite afirmar que el comportamiento llevado a cabo por ENDESA DISTRIBUCIÓN presenta, además, características de un tipo específico de abuso explotativo, concretamente nos referimos a la práctica de precios excesivos.*”

Por todo ello, el Consejo declaró que “dado que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha llevado a cabo una conducta abusiva y tiene una cuota de mercado próxima al monopolio, no podemos sino concluir que, conforme al artículo 62.4.b) de la LDC nos encontramos ante una infracción de carácter muy grave, con las consecuencias que de ello se derivan.”

La Audiencia Nacional (Sentencia de 7 de mayo de 2018) lo explica así:

*“A la vista de lo expuesto, podemos concluir que ha sido el incumplimiento de la normativa sectorial aplicable lo que se ha calificado en la resolución impugnada como conducta abusiva de la posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica que ostenta Endesa Distribución. Y ello porque cobró indebidamente por la ejecución de instalaciones eléctricas cuando debían serlo por cuenta de la distribuidora, lo cual supuso que se reclamaran a los solicitantes cantidades superiores a los derechos de extensión a que estaban obligados exclusivamente y, por tanto, impuso condiciones comerciales inequitativas a los solicitantes de instalaciones de nueva extensión de red sin que para ello pudiera invocarse una justificación objetiva.”*

Como se ha afirmado, la sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La resolución de 2014 sancionó a ENDESA y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Importe básico de la sanción: el volumen de ventas afectado por la infracción desde 2009 a 2012, ambos incluidos, ponderado cada año conforme a lo estipulado en la Comunicación de la CNC sobre Cuantificación de Sanciones, era de 21.478.366 euros. El importe básico de la sanción se determinó aplicando un 5% a esa cantidad, es decir, 1.073.918 euros.

- Atenuantes o agravantes: se aplicó un agravante de un 10% del importe básico de la sanción por reiteración de conductas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64.2.a) de la LDC<sup>2</sup>.

- Límite del 10%: la multa calculada no superaba el 10% del volumen total de negocios.

La determinación de la multa por la CNC se resume en la siguiente tabla:

---

<sup>2</sup> Expedientes S/0606/05 ASINEM/ENDESA y S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN, habiendo sido confirmado el primero tanto por la Audiencia Nacional en su SAN de 21 de abril de 2008, como por el Tribunal Supremo en su STS de 10 de febrero de 2011.

Entidad infractora	Volumen del mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite del 10% del volumen de negocios total	Multa impuesta (€)
ENDESA	21.478.366	5%	1.073.918	222.142.700	1.181.309

## 2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

- La base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

### **3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados**

La nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC:

- El volumen de negocios total de ENDESA en ese año fue de 2.221.427.000 euros (folio 4916 S/0446/12).
- El mercado afectado por la infracción es el de las instalaciones de nueva extensión de red de distribución de electricidad, necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta 100 Kw en baja tensión y 250 Kw en alta tensión (art. 64.1.a).
- Durante los años que tuvo lugar la conducta sancionada, el volumen de facturación en el mercado afectado fue de 44.300.220 euros, lo que proporciona una buena estimación de la dimensión de la infracción (art. 64.1.a).
- ENDESA tiene una indiscutible posición de dominio como monopolista en cada una de las zonas de distribución que gestiona (art. 64.1.b).
- Tal como se ha reiterado, la infracción acreditada por la CNMC y confirmada por la Audiencia Nacional, de la que es responsable ENDESA se ha calificado de muy grave (art. 62.4.b) y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2013.
- La infracción se habría aplicado de forma sistemática y regular al menos desde 2009 y hasta 2012 (art 64.1.d).
- La resolución original manifiesta, respecto de los efectos de la infracción (art 64.1.e), que “el bienestar del consumidor [...] se ve reducido, tanto cuando paga cantidades muy superiores a las que correspondían, como cuando ve frustrado su acceso a un bien básico como es la electricidad al no poder hacer frente a presupuestos tan elevados.”
- La resolución, confirmada por la Audiencia Nacional, consideró que concurría una circunstancia agravante por reiteración de la conducta (art. 64.2.a).

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, duración y alcance de la conducta, características y dimensión del mercado afectado, concurrencia de una agravante– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora.

Sobre tales premisas, el tipo sancionador que corresponde aplicar a ENDESA es de un 5,5% de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2013.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora y para ello es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión<sup>3</sup>.

En el caso de esta resolución, la referencia de proporcionalidad estimada para ENDESA es de 1.900.000 euros y por tanto significativamente inferior a la sanción en euros que se deriva de aplicar el tipo sancionador total que le correspondería al volumen de negocios total de ENDESA en 2013. Por tanto, es necesario ajustar la sanción propuesta para asegurar su proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción, y procede reducir el importe de la sanción de ENDESA hasta ese valor de referencia de 1.900.000 euros.

No obstante, la sanción que le corresponde es superior a la originalmente impuesta, por lo que, en aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius*, debe imponerse la sanción original, que asciende a 1.181.309 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

---

<sup>3</sup> Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

## HA RESUELTO

**ÚNICO.** – Imponer a la ENDESA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA, S.L. en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2018 (recurso 317/2014), y en sustitución de la impuesta en la resolución de 10 de julio de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (expte. S/0446/12, ENDESA INSTALACIÓN), una multa por importe de 1.181.309 euros.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.