



Roj: **SAN 2930/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2930**

Id Cendoj: **28079230062018100327**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **699/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000699 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04989/2016

Demandante: UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A.

Procurador: D^a ANA ISABEL COLMENAREJO JOVER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 699/17 promovido por la Procuradora D^a Ana Isabel Colmenarejo Jover en nombre y representación de **UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A.**, contra la resolución de 21 de junio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.549.550 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando "... dicte sentencia estimando el presente recurso, por la que:



- Declare la invalidez de la Resolución de la CNMC de Ejecución (de 21 de junio de 2016, de la Sala de Competencia de la CNMC).

- Restablezca la situación jurídica individualizada de mi mandante, imponiendo a la Administración demandada la obligación de dictar una nueva resolución administrativa que ejecute la Sentencia del tribunal Supremo en sus estrictos términos y de conformidad con el principio de proporcionalidad, ello de conformidad con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 13 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 21 de junio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.549.550 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente VS/0089/ 08 UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A., era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Imponer a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 , y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 20 de septiembre de 2011, la multa de 1.549.550 euros.

SEGUNDO.- Ordenar a la Secretaría General de la CNMC el inicio de expediente de devolución a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. de 212.333 euros más los intereses a los que la empresa tenga derecho..."

Como antecedentes de interés para la resolución del litigio merecen ser destacados los siguientes:

1.- El 20 de septiembre de 2011 el Consejo de la extinta CNC dictó resolución en el Expediente S/0089/08 por la cual disponía lo siguiente:

"PRIMERO. Declarar que [...] se ha acreditado una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. consistente en abusar en el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución.

SEGUNDO. Imponer [...] a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. una sanción por importe de 1.938.000 €.

TERCERO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.»

2.- Frente a dicha resolución interpuso UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. recurso contencioso-administrativo que, seguido ante esta Sala de la Audiencia Nacional bajo el número 570/2011 , concluyó mediante sentencia de 27 de diciembre de 2013 por la cual, con estimación parcial del recurso, se anulaba la resolución recurrida "... en cuanto al importe de la multa, que deberá reducirse al 5% del volumen de Fenosa Distribución SA en el mercado de instalaciones no reservadas desde el año 2004 hasta el comienzo del ejercicio 2010 ponderando el tiempo de infracción conforme a la comunicación de la CNC de cuantificación de sanciones".

3.- Recurrida en casación, por sentencia de 3 de mayo de 2016 (recurso núm. 872/2014) el Tribunal Supremo estimó el recuso si bien tan solo "... en lo relativo a la duración de la infracción considerando que no existe prueba que acredite la comisión de la infracción en los años 2004 y 2005, por lo que procede considerar como fecha de inicio de la infracción el mes de enero de 2006, con la consiguiente repercusión en el importe de la sanción que habrá de ser reducida de forma proporcional [...] manteniendo la sentencia de instancia en los demás extremos".

4. - Finalmente, la Sala de Competencia dictó con fecha 21 de junio de 2016 la resolución contra la cual UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN interpuso el recurso contencioso administrativo que dio origen al presente proceso.

SEGUNDO .- Antes de analizar los motivos impugnatorios que se esgrimen en la demanda resulta ilustrativo transcribir la escueta fundamentación jurídica que sustenta la decisión recurrida, fundamentación que se reduce a lo siguiente:



"PRIMERO.- Para dar cumplimiento a la Sentencia del TS, el volumen de ventas afectado por la infracción desde 2006 hasta 2009, ambos incluidos, ponderado cada año conforme a lo estipulado en la Comunicación de la CNC sobre Cuantificación de Sanciones, es el siguiente:

(...)

En consecuencia, el volumen de ingreso relevante asciende a 30.991.004€, y la multa final al 5% de esa cantidad, es decir, 1.549.550€.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta que el 29 de febrero de 2012 UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. abonó la cantidad de 1.938.000€ mientras que, según lo expuesto en el Fundamento de Derecho PRIMERO, le corresponde pagar 1.549.550€, se le deberían devolver 388.450€. Pero como por Resolución de la CNMC de 10 de julio de 2014 ya le fueron devueltos 176.117€ (Antecedente CUARTO), sólo resta devolver 212.333 €".

Como refleja expresamente, para cuantificar la multa la CNMC ha aplicado lo que denomina Comunicación de la CNC sobre Cuantificación de Sanciones, esto es, la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009).

Como hace ver la entidad recurrente, el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 29 de enero de 2015 dictada en el recurso 2872/2013, ha mantenido la improcedencia de calcular las multas con arreglo a la referida Comunicación por entender que el método que emplea la misma es contrario a Derecho, lo que le ha llevado a anular las resoluciones de la Comisión en las que se ha hecho aplicación de la Comunicación.

Dicho criterio ha sido acogido desde entonces por esta Sala de la Audiencia Nacional en numerosos pronunciamientos. Es más, y como no podía ser de otro modo, la propia CNMC abandonó la aplicación de la Comunicación a la vista de lo que constituye ya una línea jurisprudencial consolidada y, al cuantificar las multas, hace expresa referencia a la sentencia de 29 de enero de 2015 y a las pautas interpretativas que la misma marca. Así por ejemplo, y entre otras muchas, en la resolución de 26 de mayo de 2016 (anterior, por tanto, a la que aquí enjuiciamos), recaída en el expediente S/DC/0504/14 AIO, en la que razona (fundamento 6.1) que "Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo".

Sorprende por ello que en la resolución ahora recurrida la cuantificación de la multa se haga por aplicación de la Comunicación de 2009, recuperando de este modo su vigencia después de los múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo que declaraban la ilegalidad del método de cálculo recogido en la misma; de esta Audiencia Nacional en igual sentido; y de la propia CNMC que, sin embargo ahora, con decisión unánime de la Sala de Competencia, vuelve a aplicar la Comunicación.

La consecuencia obligada de ello ha de ser la anulación de la resolución impugnada, ordenando a la CNMMC que dicte otra nueva en la que cuantifique el importe de la multa al margen de los criterios de la Comunicación de 2009 y en el porcentaje que resulte en estricta ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016.

TERCERO.- Procede entonces la estimación del recurso en los mismos términos en que se plantea, por lo que las costas causadas en esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada tal y como resulta del artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

1.- Estimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Ana Isabel Colmenarejo Jover en nombre y representación de **UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A.**, contra la resolución de 21 de junio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.549.550 euros.

2.- Anular la referida resolución, por no ser ajustada a Derecho.

3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte nueva resolución en la cual fije el importe de la multa en estricta ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 y de conformidad con lo expuesto en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo



de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 04/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ