



Roj: **SAN 1845/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1845**

Id Cendoj: **28079230062018100215**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/05/2018**

Nº de Recurso: **317/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000317 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04047/2014

Demandante: ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L.

Procurador: D. CARLOS PIÑEIRA DE CAMPOS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a siete de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 317/2014, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos, en nombre y en representación de la entidad ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 10 de julio de 2014 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/04446/12 ENDESA DISTRIBUCION que impone la sanción de multa por importe de 1.181.309 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 trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"... dicte Sentencia por la que estimando el presente recurso contencioso administrativo:

- 1. Declare que no es conforme a Derecho y anule íntegramente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 10 de julio de 2014, dictada en el expediente S/0446/12 en cuya virtud se sanciona a mi representada con una multa de un millón ciento ochenta y un mil trescientos nueve (1.181.309) euros.*
- 2. Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número 1 anterior, modifique la Resolución impugnada, declarando que no corresponde imponer sanción alguna a mi representada.*
- 3. Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números 1 y 2 precedentes, modifique la Resolución impugnada, reduciendo la multa impuesta en los términos concretamente expuestos en el Fundamento Jurídico Cuarto".*

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Una vez admitidas las pruebas documentales propuestas, se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo señalándose para el día 21 de marzo de 2018 en que efectivamente tuvo lugar.

CUARTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 10 de julio de 2014 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/04446/12 ENDESA DISTRIBUCION por la que se acuerda:

"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 DISTRIBUCION, 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 DISTRIBUCION, como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 1.181.309 euros.

TERCERO.- Intimar a la empresa ENDESA DISTRIBUCION para que cese en la conducta y en lo sucesivo se abstenga de cometer practicas como las sancionadas u otras similares, por si 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 integro de esta Resolución".

Concretamente, la CNMC ha considerado que ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L. (en adelante, ENDESA DISTRIBUCION) -que tiene como objeto social el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica- ha realizado actuaciones que constituyen un abuso de su posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica en relación con las instalaciones eléctricas en las zonas de distribución que gestiona. Y ello porque, en relación con las solicitudes de instalaciones de nueva extensión de red efectuadas entre los años 2009 a 2012, realizó cobros indebidos por la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red en los supuestos en los que correspondía a la distribuidora asumir la ejecución de tales instalaciones y reclamar al solicitante exclusivamente el cobro de los derechos de extensión vigentes regulados en el artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero , que establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica.

Hechos que la CNMC encuadra en la comisión de la infracción prevista en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que dispone:

" 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. (...)"

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la recurrente, ENDESA DISTRIBUCION, se solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. Caducidad del expediente sancionador.

2. Vulneración del principio de presunción de inocencia.

3. La conducta imputada no constituye un abuso de posición de dominio contrario al artículo 2 de la LDC .

4. Se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la sanción.

Por el contrario, el Abogado del Estado interesa la confirmación de la resolución sancionadora.

TERCERO. - Con carácter previo a la revisión de la resolución sancionadora impugnada, consideramos conveniente relatar la regulación sectorial en el ámbito de la distribución de la energía eléctrica vigente en las fechas afectadas por el expediente sancionador para poder determinar si la actuación que la CNMC ha considerado abuso de posición de dominio pudiera estar amparada en la citada regulación sectorial.

Y en este sentido destacamos las siguientes consideraciones recogidas en la resolución de la CNMC impugnada. Como son:

"CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

1. *La actividad de distribución de energía eléctrica y de las instalaciones de distribución: marco general*

El marco normativo del sector de la electricidad en España ha sido recientemente reformado a través de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) y de su normativa de desarrollo, en particular, a los efectos de este expediente, el Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica (en adelante, RD 1048/2013).

En los párrafos (22) y siguientes del PCH, la Dirección de Competencia toma como referencia, en relación con la actividad objeto del presente expediente, el marco normativo vigente durante la instrucción y la realización de las conductas, esto es, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, 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, y el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Estas normas han sido derogadas (del Real Decreto 1955/2000 sólo se han derogado los artículos 44, 45, 47, 49, 50 y 51) por la nueva LSE y por el Real Decreto 1048/2013 si bien, en los aspectos considerados en el presente expediente, la nueva normativa no ha modificado el sentido de la normativa derogada.

Así, el actual artículo 38.1 de la LSE, de forma muy similar al anterior artículo 39.1 de la Ley 54/1997, define la actividad de distribución como la transmisión de energía eléctrica con el fin último de suministrarla a los consumidores. Según el artículo 6 de la LSE, y el anterior artículo 9 de la Ley 54/1997, los distribuidores "son aquellas sociedades mercantiles o cooperativas de consumidores 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 38 de la LSE -antiguo 39 de la Ley 54/1997-, 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.

La actividad de distribución tiene carácter de actividad regulada (artículo 8.2 de la LSE y antiguo artículo 11 de la Ley 54/1997), estando su régimen económico y de funcionamiento reglados. El acceso de terceros a las redes de distribución se encuentra garantizado por la LSE y las distribuidoras tienen la obligación de atender en condiciones de igualdad las solicitudes de acceso y conexión a sus redes (artículo 40.1.c) de la LSE y antiguo artículo 41 de la Ley 54/1997).

El artículo 12 de la LSE establece la separación de actividades (anterior artículo 14 de la Ley 54/1997). Así, se determina que las sociedades mercantiles que desarrollen actividades de transporte, distribución y operación del sistema 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. No obstante, se permite que un grupo de sociedades desarrolle actividades incompatibles, siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes que cumplan una serie de criterios de independencia.

Por otra parte, entre las obligaciones de las distribuidoras reguladas en el artículo 40.1.e) de la LSE (anterior artículo 41 de la Ley 54/1997) figura la de proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen establecido para las acometidas eléctricas.

En relación con ello, el artículo 39.1 de la LSE (antiguo artículo 40 de la Ley 54/1997) establece que estarán sujetas a autorización administrativa la construcción, modificación, explotación y transmisión y cierre de las instalaciones de distribución de energía eléctrica, con independencia de su destino o uso. El apartado 2 del mencionado artículo dispone asimismo 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.

2. Instalaciones de extensión y otros trabajos necesarios para la conexión a la red de distribución.

De acuerdo con la normativa vigente hasta finales de 2013 (como se ha indicado, la Ley 54/1997, el Real Decreto 1955/2000 y el Real Decreto 222/2008, cuyo sentido no ha sido modificado por la normativa vigente), la Dirección de Competencia detalla, en los párrafos (31) a (51) del PCH, la normativa reguladora de las condiciones técnicas y régimen económico en relación con las instalaciones de extensión y otros trabajos necesarios para la conexión a la red de distribución.

En primer lugar, para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de un punto de conexión y corresponde al distribuidor determinar las condiciones técnico-económicas sobre el nivel de tensión, el punto de conexión y la solución de alimentación eléctrica para los nuevos suministros.

La distribuidora debe remitir al solicitante un pliego de condiciones técnicas y un presupuesto económico en documentos separados, que deberá desglosar los trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, que han de ser realizados por el distribuidor, de los trabajos necesarios para la nueva extensión de red, que podrán ser ejecutados por cualquier empresa instaladora legalmente autorizada o por la empresa distribuidora. Los presupuestos deben recoger expresamente la posibilidad de que estas últimas instalaciones puedan ser ejecutadas por un instalador autorizado.

Señala la Dirección de Competencia que se distingue entre dos tipos de extensión de la red de distribución:

-Extensión natural de la red: 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.

-Instalaciones de nueva extensión de red: instalaciones o infraestructuras de red necesarias 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. Dentro de las instalaciones de nueva extensión de red, se distinguen 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 de extensión.

Los citados derechos de extensión se definen como la contraprestación económica a pagar a la distribuidora por el solicitante de un nuevo suministro, o la ampliación de potencia de uno ya existente, por las instalaciones de nueva extensión de red que son responsabilidad de la empresa distribuidora.

Estos derechos se configuran como parte de los derechos de acometida, que incluyen asimismo los derechos de acceso (cuyo abono a la distribuidora procede por la incorporación a la red del nuevo suministro) y los derechos de supervisión de las instalaciones cedidas (a pagar a la empresa distribuidora por la supervisión de trabajos y realización de pruebas y ensayos previos a la puesta en servicio de las instalaciones ejecutadas directamente por el solicitante y posteriormente cedidas a la distribuidora).

Las cantidades a pagar por los derechos de acometida han de ser 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.

Adicionalmente a los anteriores, se definen los derechos de enganche. El enganche es la operación de acoplamiento eléctrico de la instalación receptora a la red de la empresa distribuidora, que deberá realizar esta operación bajo su responsabilidad y por la cual el consumidor deberá abonar a la empresa distribuidora el correspondiente derecho regulado.

La cuantía de los derechos de acometida y demás actuaciones necesarias para atender a los requerimientos de suministro de los usuarios se regula en la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Con anterioridad, la cuantía de estos derechos venía regulada en el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007.

...

Por último, la normativa contempla la posibilidad de que la empresa distribuidora se reserve la ejecución de determinados trabajos por razones de seguridad y calidad del suministro, lo que ocurre primordialmente cuando éstos se realizan en tensión o en descargo. Entre estos trabajos se encuentran:

- a) El entronque y conexión a la red de distribución,*
- b) La adecuación, ampliación, mejora o modificación de la red en servicio de la distribuidora.*

Los trabajos de conexión de las instalaciones de extensión son trabajos de mucha menor duración y presupuesto económico que tienen lugar en el momento del entronque o conexión de las instalaciones construidas a la red de distribución de la distribuidora y en ningún caso afectan a la totalidad de la instalación de extensión. La normativa establece que "la empresa distribuidora será responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente, sin perjuicio de dar cumplimiento a la normativa y protocolos de seguridad".

Por lo que se refiere a la adecuación y refuerzos en la red existente de la distribuidora, la normativa determina que los trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, siempre que sean necesarios para incorporar a las nuevas instalaciones, "serán realizados por el distribuidor al ser éste el propietario de esas redes y por razones de seguridad, fiabilidad y calidad del suministro".

E indica la Dirección de Competencia que, si bien esta precisión fue incorporada al Real Decreto 222/2008 con motivo de la modificación efectuada en 2011, ya la extinta CNE se había pronunciado con anterioridad en este mismo sentido.

Respecto a las personas que pueden realizar dichos trabajos, el citado informe de la CNE es claro: "si bien la normativa vigente no establece el concreto sujeto que debe realizar la adecuación de la instalación existente, entiende esta Comisión que dicha adecuación debería ser realizada por la empresa titular de la instalación, previo acuerdo con el solicitante en cuanto a los costes de dicha adecuación."



Respecto al coste, la regulación no establecía claramente la parte que debía asumir el coste lo que fue motivo de, al menos, una consulta a la antigua CNE, que se pronunció en el siguiente sentido:

a) Si el suministro solicitado está ubicado en suelo urbano con la condición de solar, en dicha categoría del suelo debería existir una infraestructura eléctrica que posibilitara la atención de dicho suministro, dado que una de las obligaciones de las empresas distribuidoras es el desarrollo de la red de distribución y por ello se les retribuye: el solicitante no tendría que pagar importes adicionales a la distribuidora por las obras que pudieran ser necesarias en las instalaciones pertenecientes a la red de distribución.

b) Por el contrario, ante una petición de suministro en suelo urbanizable el propietario y/o solicitante deberá costear a su cargo toda la infraestructura eléctrica necesaria para atender dicho suministro, incluyendo la red exterior de alimentación y los refuerzos necesarios de la red preexistente, quedando limitados dichos refuerzos a la instalación preexistente a la cual se conecta la nueva instalación. Lo mismo ocurriría en caso de que la petición de suministro sea en suelo no urbanizable.

No obstante, desde la modificación de 2011, la normativa establece que la distribuidora debe remitir un presupuesto detallado para este tipo de actuaciones, que deberá pormenorizar qué conceptos deberán ser abonados por el solicitante y cuáles serán a cuenta de la empresa distribuidora.

En conclusión, señala la Dirección de Competencia, las actividades necesarias para la ejecución de una instalación de extensión y su posterior conexión física a la red del distribuidor incluyen operaciones reservadas a la distribuidora (enganche, entronque, conexión, adecuación y refuerzos y, en determinados supuestos de potencia y urbanización, extensión) y no reservadas a la distribuidora (extensión en determinados supuestos de potencia y urbanización)".

CUARTO.- Centrado ya el objeto de debate debemos examinar de forma previa la alegación de caducidad del expediente sancionador realizada por la recurrente en su escrito de demanda.

No se analizan las consideraciones efectuadas por la recurrente con posterioridad a los escritos de conclusiones apoyándose en la interpretación efectuada por esta misma Sección en numerosas sentencias respecto del cómputo del plazo de caducidad en los expedientes sancionadores tramitados por la CNMC. Y ello porque dicha interpretación se ha dejado sin efecto por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 26 de julio de 2016 en el recurso de casación nº 3811/2015 .

La recurrente afirma que el procedimiento sancionador ha caducado porque han transcurrido más de 18 meses desde su iniciación hasta la fecha en que se le ha notificado la resolución sancionadora dictada por la CNMC.

Las partes no discuten las siguientes fechas: (a) la incoación del expediente sancionador tuvo lugar el 20 de diciembre de 2012; (b) la CNMC tenía 18 meses para resolver el expediente sancionador; (c) el plazo de caducidad finalizaba el 20 de junio de 2014; (d) la resolución sancionadora se notificó al ahora recurrente en fecha 17 de julio de 2014; (e) que en los casos de suspensión del plazo de duración del procedimiento sancionador, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial los días naturales durante los cuales ha quedado suspendido el citado plazo.

Igualmente ambas partes admiten que hubo dos periodos de suspensión que afectaban y ampliaban así el plazo de caducidad. Lo que discuten es el cómputo de los plazos de suspensión y, por tanto, los días que deben añadirse al término inicial del plazo de caducidad. La recurrente considera que el plazo para resolver el procedimiento sancionador terminaba o bien el 15 de julio o bien el 16 de julio de 2014 por lo que, según su criterio, el expediente sancionador habría caducado toda vez que la resolución sancionadora se le notificó en fecha 17 de julio de 2014.

Por el contrario, la Administración sostiene que no concurre la caducidad invocada por la recurrente.

Analicemos, por tanto, los plazos de suspensión del plazo de caducidad. El primer plazo de suspensión tuvo por objeto sustanciar alegaciones en el trámite de prueba y vista de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1.e) de la LDC que dispone que podrá acordarse la suspensión del plazo de duración del procedimiento sancionador: "Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51". Supuesto que no discute la recurrente salvo en lo que afecta al periodo de tiempo que debe computarse como suspensión: entiende que son 22 días naturales. Por el contrario, la CNMC computa 23 días naturales de suspensión de conformidad con lo señalado en el artículo 12.1.b) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que dispone que el cómputo del plazo para resolver se entenderá suspendido, en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la LDC durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente.



Esa suspensión se adoptó mediante acuerdo de fecha 22 de mayo de 2014 con efectos desde la fecha de adopción del citado acuerdo - 22 de mayo de 2014- (folios 4702 a 4710 del expediente administrativo); suspensión que se levanta con efectos del día 13 de junio de 2014 -folio 4897 del expediente administrativo-. Y en ese computo resultan 23 días naturales y no 22 días naturales, como afirma el recurrente, ya que en el computo de ese periodo deben incluirse ambas fechas tal como así dispone el artículo 12.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que señala que *"para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el computo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión..."*.

El segundo plazo de suspensión, tal como se recoge en el expediente administrativo, se produjo en fecha 23 de junio de 2014 por la que se requiere a la recurrente información conforme a lo previsto en el artículo 37.1.a) de la LDC. Suspensión que fue levantada mediante acuerdo de 27 de junio de 2014 con efectos desde la misma fecha al haberse remitido la información solicitada el día anterior, 26 de junio de 2014. En el computo de este plazo de suspensión la recurrente muestra su disconformidad. Afirma que conforme dispone el artículo 12.1.a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) de la LDC se entenderá suspendido el computo del plazo máximo para resolver *"por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido"*. Y considera que el plazo máximo para resolver debió estar suspendido desde el día 23 de junio (fecha en que se le notifica el requerimiento de información) hasta el día 26 de junio (fecha en que remitió el escrito de contestación al requerimiento).

Lo cierto es que, aunque aceptáramos la tesis de la recurrente y en el cómputo del segundo plazo de suspensión tuviéramos en cuenta 4 días naturales de suspensión (23, 24, 25 y 26 de junio), lo cierto es que no se habría producido la caducidad invocada. Así, sumados esos 4 días a los 23 días naturales de la suspensión anterior se alcanzan 27 días naturales de suspensión que, añadidos al plazo final de los 18 meses, resulta que el plazo de caducidad finalizaba en la fecha del 17 de julio de 2014, fecha esta en la que se ha notificado al recurrente la resolución sancionadora y, por tanto, dentro de plazo.

QUINTO.- Rechazados los defectos formales invocados por la recurrente, debemos ahora analizar si las conductas realizadas por la actora pueden encuadrarse en la infracción imputada por la CNMC, como es el abuso de su posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica en las aéreas geográficas autorizadas. El mercado conexo al de distribución, en el que se ha apreciado la infracción, es el de las "instalaciones de nueva extensión de red" donde se distinguen 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, que serán realizadas por la empresa distribuidora de la zona, dando lugar a la aplicación de los correspondientes derechos de extensión que deberán abonar los solicitantes.

-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 de extensión.

Los citados derechos de extensión se definen como la contraprestación económica a pagar a la distribuidora por el solicitante de un nuevo suministro, o la ampliación de potencia de uno ya existente, por las instalaciones de nueva extensión de red que son responsabilidad de la empresa distribuidora. Estos derechos se configuran como parte de los derechos de acometida, que incluyen asimismo los derechos de acceso (cuyo abono a la distribuidora procede por la incorporación a la red del nuevo suministro) y los derechos de supervisión de las instalaciones cedidas (a pagar a la empresa distribuidora por la supervisión de trabajos y realización de pruebas y ensayos previos a la puesta en servicio de las instalaciones ejecutadas directamente por el solicitante y posteriormente cedidas a la distribuidora).

Y la conducta que la CNMC ha calificado como abusiva se ha producido en el ámbito de 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. Instalaciones que deben realizarse por cuenta de la empresa distribuidora de la zona quien reclamará a los solicitantes el abono de los correspondientes derechos de extensión.

La CNMC, en la resolución impugnada, imputa a la mercantil recurrente la infracción prevista en el artículo 2 de la LDC porque considera que ha realizado una interpretación arbitraria e inequitativa de la normativa sectorial aplicable en el ámbito de la distribución de la energía eléctrica abusando de su posición de dominio



en ese mercado. Conducta abusiva que la CNMC ha concretado en las siguientes actuaciones realizadas por la recurrente:

- a) Es la propia mercantil, Endesa Distribución, quien determina si los terrenos afectados por las solicitudes de instalaciones de nueva extensión de red cuentan con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística para determinar si es suelo urbanizado y establecer así a quien corresponde la ejecución de las instalaciones de extensión de red.
- b) Endesa Distribución ejecuta las obras de instalación de nueva extensión de red a costa de los solicitantes en supuestos en los que debían ser por cuenta de la distribuidora.
- c) En los casos anteriores, Endesa Distribución reclama, por la realización de las obras de instalación, importes que son superiores a los derechos de extensión que eran las únicas cantidades que debían abonar los solicitantes.
- d) Endesa Distribución, además, reclama a los solicitantes la cesión a la red de distribución de las obras de instalación ejecutadas indebidamente por cuenta de los solicitantes ya que debieron realizarse por cuenta de la distribuidora.

Por ello la CNMC sostiene que, la mercantil sancionada *"cobró y presupuestó cantidades superiores a los derechos de extensión regulados para la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red, en casos en que habría correspondido a la empresa distribuidora asumir su ejecución por encontrarse en terrenos urbanizados y a los precios regulados denominados derechos de extensión"*, porque, según refiere la CNMC, *"las instalaciones de nueva extensión de red analizadas se habrían ubicado en terrenos claramente urbanizados y dotados de forma efectiva de los servicios necesarios, por lo que la ejecución de las mismas tendría que haber corrido a cargo de la distribuidora"*.

Y la CNMC concluye que:

"...todo ello en conjunto pone de manifiesto una aplicación arbitraria por parte de ENDESA DISTRIBUCION de la normativa sectorial que conlleva la aplicación de condiciones no equitativas a sus clientes en la medida en que, obviando las obligaciones de la normativa sectorial, la empresa discrimina entre las solicitudes recibidas según se opte o no por la aplicación estricta de esa normativa en cada caso concreto. Se pone igualmente de manifiesto el establecimiento de precios excesivos o cantidades muy superiores a las que habría correspondido aplicar, que han permitido a la empresa apropiarse de parte de la renta de sus clientes".

Es cierto que la recurrente admite su posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica en las aéreas geográficas en las que tiene la correspondiente autorización administrativa; pero no comparte con la CNMC que las conductas imputadas puedan calificarse como abusivas toda vez que, en su caso, serían actuaciones puntuales y esporádicas que podrían implicar una infracción de la normativa sectorial aplicable ocasionada por el error de su personal en la valoración de las solicitudes presentadas de instalaciones de nueva extensión de red.

Esta Sección considera adecuado resaltar que la CNMC no ha sancionado a la mercantil recurrente por el incumplimiento de la normativa sectorial sino por el ejercicio indebido de un poder de mercado cuasi monopolístico. La distribuidora que se encontraba en una posición de dominio sobre la red de distribución se aprovechó de tal manera que siendo la única empresa que podía realizar las actuaciones a las que nos referimos, imprescindibles para realizar nuevas instalaciones de red, cobró indebidamente a los clientes por la ejecución de unos trabajos. La posición de dominio de la empresa recurrente, como distribuidora de electricidad, le obligaba a ser especialmente cuidadosa en sus actuaciones ya que tenía una especial responsabilidad en el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado en el que tenía una posición de dominio. Además, la recurrente disfruta de una posición de dominio en un mercado, como es el de la electricidad, que como servicio básico e imprescindible dificulta que los consumidores puedan acudir a otros competidores en los casos de discrepancia con las decisiones de la distribuidora en cuanto a la calificación urbanística de un terreno, en relación con la decisión de quien debe costear las obras de ejecución de las instalaciones, en relación con la determinación del importe de esas obras, en relación con el importe de los derechos de extensión así como al importe de los costes de repercusión de las redes de instalación a la distribuidora. Y, precisamente, esa posición de dominio en un mercado especialmente sensible y básico debe llevar a la distribuidora a ser especialmente cautelosa y a asumir una responsabilidad especial en sus decisiones. Lo cual implica que deba ejercer esa posición de dominio evitando imponer a los consumidores condiciones comerciales abusivas e inequitativas que, los solicitantes en general aceptan al encontrarse en una situación de inferioridad respecto de la distribuidora en un mercado que es básico. Cuando una empresa, como es el caso, disfruta de un poder de mercado significativo está en condiciones de fijar condiciones no equitativas y condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionan a los consumidores una



desventaja económica y, por ello, se exige una responsabilidad especial a la empresa que se encuentra en ese ámbito de posición de dominio para que sus conductas eviten precisamente esa situación que puede ser calificada como abusiva.

Y esta Sección concluye que sí ha sido abusiva la actuación desarrollada por la recurrente en los periodos 2009 a 2012 atendiendo a las siguientes conductas:

a) Las instalaciones analizadas de nueva extensión de red se encontraban en terrenos claramente urbanizados y dotados de forma efectiva de los servicios requeridos por la legislación urbanística, por lo que la ejecución de las mismas tendría que haber corrido a cargo de la distribuidora y, sin embargo, se realizaron a costa de los solicitantes. Costes de ejecución presupuestados y en otras ocasiones, incluso, cobrados a los solicitantes que eran mucho más elevados que los que deberían haber soportado si se les hubiera reclamado el pago por derechos de extensión que era lo exigible. Y, por tanto, la recurrente ha fijado precios no equitativos a los clientes solicitantes de instalaciones de nueva extensión de red y ello ha implicado un abuso explotativo.

b) Con posterioridad, Endesa Distribución obligaba a los solicitantes a cederle las redes, una vez ejecutadas, con el objeto de restaurar la situación de propiedad de las instalaciones y ello sin haber informado a los solicitantes de la posibilidad de firmar convenios de resarcimiento.

Y, por tanto, con esas actuaciones, la recurrente ha trasladado, por una parte, la carga económica de la ejecución de las redes de la distribuidora a los particulares solicitantes y, posteriormente, les ha reclamado la cesión de las instalaciones a la red de distribución y ello ha generado a Endesa Distribución un incremento patrimonial por cuanto le ha permitido incorporar a su activo las líneas cedidas sin haber incurrido en coste alguno.

Y en este contexto, a Endesa Distribución, que tenía una posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica, se le exige una aptitud más cautelosa en el examen de las solicitudes de nuevas instalaciones eléctricas para evitar situaciones en las que puedan fijarse condiciones comerciales inequitativas y desproporcionadas a las exigidas en la normativa sectorial aplicable y evitar así que esa posición de dominio pueda suponer la realización de conductas abusivas de tipo explotativo, como así ha sucedido en el caso analizado.

Es decir, Endesa Distribución no ha observado los 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 prestaciones de servicios en el mercado conexas de las instalaciones de nueva extensión de red, que suponen cuanto menos una omisión de la diligencia exigible derivada de su privilegiada posición de dominio.

SEXTO.- Esta Sección comparte con la CNMC que las conductas antes descritas realizadas por la recurrente no solo vulneran la normativa sectorial sino que son abusivas de su posición de dominio. Frente a ello la recurrente niega que puedan calificarse como abusivas porque, en todo caso, se habrían producido en supuestos muy puntuales y nunca generalizados. Especialmente destaca que de las 320 solicitudes aportadas a la CNMC solo en siete solicitudes podría apreciarse alguna irregularidad en relación con la calificación urbanística del terreno; pero sostiene que esos siete casos nunca serían representativos de un abuso de posición de dominio sino de errores humanos en la valoración de las solicitudes de instalación de nueva extensión de red determinantes en su caso de otros tipos infractores.

Esta Sección no comparte la alegación de la recurrente relativa al carácter puntual y esporádico de la actuación calificada como abusiva. La conclusión obtenida por la CNMC es fruto de una importante actividad probatoria desarrollada por la Dirección de Competencia como fue:

a) Análisis de las 320 solicitudes que Endesa Distribución le remitió como muestra representativa de las solicitudes de acometidas para potencias inferiores a 100 KW en baja tensión y a 250 KW en alta tensión tramitadas por la distribuidora en el periodo 2009 a 2012; así como el análisis de las comunicaciones posteriores remitidas por Endesa Distribución a los citados solicitantes.

b) Análisis del sistema de comprobación utilizado por Endesa Distribución de las características urbanísticas de los terrenos afectados por las solicitudes de acometidas. Y se comprueba que es la propia mercantil, Endesa Distribución, quien concluye si esos terrenos son suelo urbanizado que cuentan con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística. Y ello sin que conste que esa decisión esté apoyada en algún certificado emitido por los Ayuntamientos donde se ubicaban los terrenos afectados por las solicitudes. Y ello ha implicado divergencias entre las opiniones de la distribuidora y los Ayuntamientos en cuanto a la determinación de si los terrenos afectados por las solicitudes eran terrenos que tenían o no las dotaciones y servicios urbanísticos básicos con arreglo a la legislación urbanística.



c) Requerimientos de información a los Ayuntamientos sobre la calificación del suelo afectado por las solicitudes de acometida facilitadas por Endesa Distribución que señalan que los terrenos afectados por dichas solicitudes son terrenos urbanizados. Certificaciones que no solo facilitaban la clasificación urbanística correspondiente del terreno afectado sino que, además, indicaban las dotaciones con las que contaba la finca, aportando fotografías e informes del Arquitecto municipal.

d) La Cartografía Catastral facilitada por la Sede Electrónica del Catastro ha permitido la identificación de los terrenos y edificaciones que ha facilitado su identificación a través de Google Maps.

Y esa intensa y amplia actividad probatoria desarrollada por la CNMC le llevó a concluir que la actuación de Endesa Distribución era abusiva de su posición de dominio en el mercado de las instalaciones eléctricas.

Sin embargo, la defensa de la recurrente afirma que la sanción se ha impuesto sin prueba de cargo suficiente. Sostiene que no constituyen prueba de cargo los certificados de los Ayuntamientos indicando la calificación del suelo donde quiere realizarse la instalación eléctrica puesto que únicamente tienen efectos urbanísticos pero no indican si son terrenos con dotaciones e instalaciones que es lo que justificaría a la distribuidora asumir los gastos de instalación de esa nueva extensión de red.

No podemos compartir la falta de prueba invocada. El Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, se remite a la legislación del suelo para determinar si se está ante un suelo urbanizado; y para determinar esa calificación constituyen prueba válida los certificados de los Ayuntamientos. Concepto de suelo urbanizado que, a los efectos examinados, se equipara con el término de suelo urbano consolidado o de suelo urbano con condición de solar. Y analizadas las solicitudes dirigidas a Endesa Distribución podemos concluir que han sido erróneas, y sin ningún apoyo técnico-documental, las apreciaciones realizadas por el personal de Endesa cuando indicaban respecto de la calificación urbanística " *no cuentan con servicios urbanísticos básicos*" y con esa única afirmación se justificaba la posterior decisión de Endesa Distribución de ejecutar las obras de las instalaciones eléctricas a costa del solicitante y no por cuenta de la distribuidora como así exige la regulación sectorial. La CNMC ha demostrado, respecto de todas las solicitudes tenidas en cuenta como representativas de las 320 enviadas por Endesa, que los terrenos estaban consolidados urbanísticamente y ello no solo porque así lo certifican los Ayuntamientos donde se encuentran los terrenos sino también porque se aprecia en las fotografías aportadas al expediente por la CNMC tomadas de Google Maps. Pero es que, además, Endesa Distribución debió alcanzar esa misma conclusión a la vista de cada una de las solicitudes que se le presentaron pues era fácilmente deducible que afectaban a terrenos urbanísticamente consolidados al estar incluidos dentro de la llamada malla urbana ya que las solicitudes de nuevas instalaciones de red eran para viviendas en construcción, para un kiosco en una ciudad, naves industriales, centro de mayores...

Por tanto, esta Sala considera correcta la calificación de abusiva de la conducta imputada por la CNMC a la recurrente quien impuso condiciones comerciales y económicas arbitrarias e inequitativas a los solicitantes desde la posición de dominio que provocan una modificación de las reglas de la competencia. Conductas que la recurrente no ha conseguido desvirtuar con las pruebas periciales incorporadas al expediente administrativo y que se han admitido como pruebas documentales en el proceso judicial: por una parte, en el informe emitido por la consultora KPMG se recoge el marco regulatorio de aplicación a las instalaciones de nueva extensión de red pero no demuestra que sean inexactos los certificados emitidos por los Ayuntamientos ni las fotografías de los terrenos afectados por las solicitudes y que ha tenido en cuenta la CNMC para alcanzar la conclusión de que Endesa Distribución había ejecutado las obras de instalación por cuenta del solicitante en terrenos que debían serlo por cuenta de la distribuidora dada su naturaleza urbanística; y el otro informe emitido por la consultora económica RBB analiza que los precios reclamados por la recurrente no son excesivos pero, igualmente, se rechaza ese informe porque la conducta imputada de abuso de posición de dominio no ha sido por cobrar precios excesivos sino por reclamar precios indebidos en relación con unos servicios que la norma no permite y no porque el importe reclamado sea más o menos elevado. Y, por tanto, ese informe no desvirtúa el hecho que se sanciona y es que no debieron cobrarse ni reclamarse como costes de ejecución de obras sino por el concepto de derechos de extensión como claramente establece la normativa sectorial.

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.



SÉPTIMO. - Por último, la recurrente denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta al haberse vulnerado el principio de legalidad por cuanto la multa impuesta "excede de los límites máximos previstos por la LDC".

La resolución indica literalmente, tras razonar sobre la incidencia en el mercado de la conducta sancionada, que "todo ello acredita un tipo según la Comunicación de multas del 10% del volumen de negocios del mercado afectado".

Es decir, para su determinación se han tenido en cuenta los criterios establecidos en 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) y, en consecuencia, se ha fijado a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.

Es por ello por lo que procede la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y se acuerda que se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte conforme a los criterios legales de graduación debidamente motivados, y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

OCTAVO.- Como el recurso se ha estimado parcialmente, ello implica que no se realice un pronunciamiento especial respecto de las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo núm. 317/2014, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos, en nombre y en representación de la entidad ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 10 de julio de 2014 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/04446/12 ENDESA DISTRIBUCION por la que se impone la sanción de multa por importe de 1.181.309 euros y, en consecuencia, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

No se efectúa ningún pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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 que 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 11/05/2018 doy fe.