



Roj: **STS 2861/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2861**

Id Cendoj: **28079130032017100300**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/07/2017**

Nº de Recurso: **323/2014**

Nº de Resolución: **1264/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4975/2013,**
STS 2861/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de julio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **323/2014**, interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica SLU, representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado y asistida por los Letrados doña Marta Marañón Hermoso y don Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, contra la sentencia de 15 de noviembre de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 119/2012, sobre infracción de la ley de Defensa de la Competencia, en el que han intervenido como partes recurridas la Administración del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado y la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Paz Santamaría Zapata y asistida por el Letrado don Rafael García-Palencia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 15 de noviembre de 2013, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica SLU, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 21 de febrero de 2012, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en lo que a la recurrente se refiere, con imposición de costas a la recurrente.»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica SLU (Endesa Distribución), ante la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 9 de enero de 2014, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 26 de febrero de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación, case y anule la sentencia de 15 de noviembre de 2013 y resuelva el citado recurso contencioso-administrativo en los términos indicados en el suplico de la demanda en el procedimiento de instancia.



CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la partes recurridas, para que manifestaran su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado, por escrito de 9 de julio de 2014, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente.

Igualmente la representación de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE), presentó escrito de oposición, en fecha 14 de julio de 2014, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, acogiendo los razonamientos contenidos en el cuerpo de su escrito, inadmita o subsidiariamente desestime en su integridad el recurso de casación interpuesto, y confirme la legalidad y adecuación a derecho de la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2013 , recaída en el procedimiento ordinario 119/2012 y de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de febrero de 2012, recaída en el expediente S/0211/09, en la que se impone a la mercantil demandante una sanción pecuniaria por importe de 23.125.960 euros, por considerar acreditada la comisión de una infracción del artículo 6 LDC de 1989 , del artículo 2 LDC de 2007 y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en:

1. " (...) *determinados casos mandar al cliente o a su representante un presupuesto para la realización de la obra. Ello supone que aprovecha la información privilegiada que tiene en virtud de su condición de distribuidor para 1) seleccionar aquellas instalaciones no reservadas de mayor envergadura y 2) remitir su oferta al tiempo que ha de informar sobre las condiciones técnico-económicas de la solicitud.*"

2. " (...) *presupuestar y cobrar a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, para cuyo cobro EDE no está habilitada por la normativa en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009.*"

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2016, y por providencia de 14 de noviembre de 2016 se dejó sin efecto el señalamiento, a fin de efectuar nuevo señalamiento del recurso conjuntamente con el recurso directo 344/2012, que se tramita en la misma Sección, dada la conexión existente entre ambos asuntos.

Señalado para votación y fallo el día 30 de mayo de 2017, por providencia de 12 de junio de 2017, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se acordó conferir a las partes un plazo de 10 días para alegaciones acerca de la incidencia que pudiera tener en el presente recurso la sentencia dictada por esta Sala el 12 de junio de 2017 en el recurso 344/2012 , y presentados escritos de alegaciones por la representación de Endesa Distribución Eléctrica SLU, la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España y el Abogado del Estado, que quedaron unidos a los autos, por providencia de 19 de junio de 2017 se señaló para deliberación y fallo el día 11 de julio de 2017, fecha en que la diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 15 de noviembre de 2013 , que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Endesa Distribución, también ahora parte recurrente, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 21 de febrero de 2012 (expediente S/0211/09 Endesa Instalación).

La resolución de la CNC impugnada en la instancia declaraba a Endesa Distribución responsable de las dos infracciones siguientes:

- *Una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE consistente en abusar en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución (FD 4º).*

- *una infracción del artículo 2 de la LDC consistente en presupuestar y cobrar a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, para cuyo cobro EDE no está habilitada por la normativa en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009 (FD 5º).*

En su parte dispositiva, la resolución de la CNC impugnada efectuaba los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. consistente en impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de las instalaciones no reservadas en los términos que se describen en el Fundamento de Derecho Cuarto.



SEGUNDO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 2 de la que es responsable ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. consistente en el cobro por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución en los términos que se describen en el Fundamento de Derecho Quinto.

TERCERO. Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. una sanción por la infracción declarada en el Resuelve Primero por importe de 14.967.960 ?.

CUARTO.- Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. una sanción por la infracción declarada en el Resuelve Segundo por importe de 8.158.000 ?.

QUINTO.- Declarar que no ha quedado acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 2 de la LDC consistente en favorecer a la comercializadora del grupo mediante el uso de nombres comerciales y marcas de EDE en las ofertas realizadas por diversos servicios no regulados.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

SEGUNDO.- El recurso de casación de Endesa Distribución se articula en seis motivos, formulados los dos primeros al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y los cuatro restantes por el cauce del apartado d) del mismo precepto legal .

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por falta de motivación, con infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE , 11.3 LOPJ , 33.1 y 67.1 LJCA y 209.3 y 218.1 y 2 LEC , así como la jurisprudencia que acota tal vicio.

El segundo motivo alega también la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia mixta, al vulnerar la sentencia los artículos 24.1 y 120.3 CE , 11.3 LOPJ , 33.1 y 67.1 LJCA y 209.3 y 218.1 y 2 LEC , así como la jurisprudencia que acota tal vicio.

El motivo tercero aduce que la sentencia impugnada vulnera la Disposición Final Cuarta del RD 1623/2011 y los artículo 9.3 del RD 222/2008, 128.2 LRJPAC y 25 CE .

El motivo cuarto refiere que la sentencia recurrida incurrió en error en la apreciación de la prueba, con vulneración de los artículos 9.3 y 24 CE , 217 y 348 LEC , 25 CE y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia .

El motivo quinto invoca la infracción por la sentencia recurrida de los artículo 10 del RD 222/2008 , 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , 9.3 , 24 y 25 CE y 217 y 348 LEC .

El motivo sexto denuncia la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC de 1989), 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC de 2007), 14 CE, 218.2 LEC y del principio de proporcionalidad.

TERCERO.- Antes de examinar las cuestiones que plantea el recurso de casación, debemos resolver sobre las dos causas de inadmisibilidad del recurso que opone la parte recurrida Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España, al amparo de los apartados c) y d) del artículo 93.2 de la Ley de la Jurisdicción : a) por haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, citando al efecto la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2011 y b) por carecer el recurso manifiestamente de fundamento, dado que la sentencia de instancia motivó adecuadamente su fallo, sin vulneración de ninguna norma del ordenamiento jurídico, con una valoración correcta de la prueba practicada.

En relación con la primera causa de inadmisibilidad, la parte recurrida invoca la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2011 (recurso 3042/2008), que rechazó un recurso de casación interpuesto por Endesa Distribución en el que, según expone la parte recurrida, se declaró conforme a derecho la sanción impuesta por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia a la citada empresa, por una conducta de todo punto similar a la sancionada en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de la que trae causa este recurso, consistente en utilizar información privilegiada a la que tenía acceso como empresa distribuidora de electricidad, para seleccionar trabajos de extensión de red y enviar presupuestos para realizarlos, si bien la Sala no aprecia la igualdad entre los supuestos que invoca la parte recurrente, porque ahora también se sanciona a Endesa Distribución por imponer el cobro de unas cantidades a las que no tenía derecho por los trabajos de entronque y conexión, conducta esta que es ajena a los hechos examinados en la citada STS de 10 de febrero de 2011 y sobre la que no existe, por tanto, pronunciamiento de esta Sala en los precedentes que cita la parte recurrida.

Como segunda causa de inadmisión alega FENIE la de carecer el recurso de fundamento, tanto en términos generales como en relación con dos concretos motivos, relativos a la falta de motivación (motivo primero) y la incorrecta valoración probatoria (motivo quinto), y la Sala estima que debe rechazar la inadmisibilidad



alegada, pues el recurso de casación incorpora una crítica de la sentencia impugnada, mediante la denuncia de infracciones de las normas reguladoras de la sentencia y de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, articuladas en seis motivos separados, sin que podamos hacer nuestra la conclusión a que llega la parte recurrente sobre la conformidad a derecho de la sentencia impugnada, antes de confrontar la misma con los motivos desarrollados en el recurso de casación.

CUARTO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la falta de motivación de la sentencia impugnada, con infracción de los artículos 24.1 y 103.3 CE , 11.3 LOPJ , 33.1 y 67.1 LJCA y 209.3 y 218.1 y 2 LEC , así como de la jurisprudencia relacionada, pues la parte recurrente esgrimió como motivo independiente de impugnación que la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 2011 , antes referenciada, no trascendía, ni afectaba a la falta de tipicidad de la conducta aquí impugnada, y la sentencia impugnada se limitó a rechazar tal pretensión de forma que la parte considera insuficiente, por no dar respuesta a otros argumentos de la parte que demuestran que los comportamientos ejecutados en uno y otro caso difieren sustancialmente: i) no da respuesta al argumento respecto de que la ventaja competitiva queda desvirtuada desde el momento en que la empresa distribuidora informa a los clientes, ii) aunque la sentencia impugnada reconoce que hubo un cambio en la empresa sancionada, que dejó de remitir ofertas a los clientes que actuaban mediante un representante, no extrajo ninguna consecuencia jurídica al respecto, y iii) tampoco da respuesta al argumento sobre la ausencia probada de efectos en relación con la conducta sancionada, a diferencia de lo ocurrido en el caso resuelto por la STS de 10 de febrero de 2011 .

Las pretensiones deducidas en el escrito de demanda eran las de anulación de la resolución impugnada, subsidiariamente la no imposición de sanción y subsidiariamente la reducción de la multa y, efectivamente, entre las alegaciones relativas a la primera infracción, la parte recurrente invocó la falta de trascendencia de la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2011 en relación con la tipicidad de la conducta de la recurrente.

Sobre dicha alegación se pronunció la Sala de instancia en la forma siguiente:

CUARTO: Respecto del primer cargo la argumentación actora se centra en la aplicación retroactiva de lo que entiende como norma más favorable, la contenida en la disposición final cuarta del Real Decreto 1623/2011 que da nueva redacción al artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008 . Se razona igualmente sobre la inexistencia de efectos de exclusión reales o potenciales y se reflexiona sobre la incidencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011 .

Empezaremos examinando los aspectos relativos a la sentencia de 10 de febrero de 2011 . Tal sentencia resolvió sobre un comportamiento idéntico del que constituye el primer cargo que ahora examinamos, 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 en el ámbito geográfico de la Isla de Mallorca.

Es cierto que la cuestión que ahora se nos plantea, lo es en unos términos distintos a los que fueron examinados por el Alto Tribunal, pues hoy se esgrime como argumento principal, la retroacción de una norma más favorable, pero existen afirmaciones en dicha sentencia que conviene recordar a los efectos de examinar la segunda cuestión planteada, la de los efectos reales o potenciales de la conducta sobre la libre competencia:

(Sigue la sentencia impugnada con la reproducción parcial de un párrafo de la STS de 10 de febrero de 2011 , que considera de interés para la decisión del recurso).

Como vemos, la sentencia impugnada dio respuesta a las alegaciones de la parte recurrente en relación con la falta de trascendencia o relevancia de la STS de 10 de febrero de 2010 , señalando que dicha sentencia resolvió un comportamiento idéntico, con indicación de los términos en los que apreció la identidad, que consistieron en la presentación de ofertas de las obras de extensión y acometida, aprovechando el momento del cumplimiento de la obligación legal de proporcionar información técnica en un determinado ámbito geográfico, y tras admitir que la cuestión se planteaba en términos distintos a los contemplados por la STS citada, por alegarse como argumento principal la aplicación retroactiva de una norma más favorable, no obstante declaró que existían afirmaciones en la repetida STS que estimó de provecho para resolver las alegaciones efectuadas en este mismo apartado de la demanda en relación con los efectos reales o potenciales de la conducta contraria a la competencia, reproduciendo una parte de la sentencia de 10 de febrero de 2011, en la que esta Sala reiteraba anteriores criterios jurisprudenciales sobre la no exigencia inexcusable por los tipos infractores de los artículos 1 y 6 de la LDC de 1989 de propósito y de consecuencias anticompetitivas, así como las obligaciones que incumben a una empresa que tiene posición de dominio en un mercado, en relación con su actuación en mercados conexos.

La Sala considera que existe en la sentencia impugnada una respuesta suficiente a las alegaciones de la parte recurrente sobre la trascendencia y alcance en el presente recurso de la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2011 , de la que acota los criterios jurisprudenciales que estima aplicables en el presente caso, debiendo



recordarse al respecto que esta Sala ha insistido en numerosas ocasiones, entre otras en sentencia de 1 de diciembre de 2015 (recurso 801/2014) que, con cita en otras anteriores, señala que la motivación de las sentencias no exige "una argumentación singularizada respecto de todas y cada una de las pruebas, ni sobre todos y cada uno de los argumentos impugnatorios, bastando con que de la fundamentación de la Sentencia se infiera claramente su "ratio decidendi", pudiendo, incluso, ser dicha motivación por remisión o "in allium", como acaba de verse."

Sin perjuicio de lo anterior, si la parte recurrente no está conforme con la aplicación efectuada por la sentencia de instancia de los criterios de esta Sala que se recogen en el párrafo que reproduce, relativos a la no exigibilidad por las conductas de los artículos 1 y 6 de la LDC de 1989 de consecuencias anticompetitivas en todos los casos o a la manifestación de la conducta abusiva en un mercado conexo, debería hacer valer su desacuerdo por el cauce procesal adecuado del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de la jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

Se desestima por tanto el primer motivo del recurso de casación.

QUINTO.- El segundo motivo del recurso alega la incongruencia mixta de la sentencia impugnada, con vulneración de los artículos 24.1 y 120.3 CE , 11.3 LOPJ , 33.1 y 67,1 LJCA y 209.3 y 218.1 y 2 de la LEC , así como la jurisprudencia relacionada, porque en su FD 5º afirma que en la resolución impugnada *"no se imputa la imposición de precios abusivos -por ello el informe de PWC no es relevante- sino el haber cobrado tales servicios de entronque y conexión cuando una norma claramente establece que han de ser asumidos por la distribuidora"* , cuando lo cierto -añade la parte recurrente- es que el supuesto abuso de posición de dominio consiste en el cobro de precios excesivos por la distribuidora por la realización de los trabajos de entronque y conexión, y de los términos en que fue redactado el acto administrativo impugnado, no hay ninguna duda en cuanto a que la conducta imputada sí se refiere a la imposición de precios abusivos, de forma que se ha producido una alteración de los términos de la litis y, como consecuencia de ello, la sentencia de instancia ha obviado el motivo fundamental planteado en cuanto a la no concurrencia del tipo previsto en el artículo 2 de la LDC , consistente en la imposición de precios excesivos o abusivos.

Esta Sala viene tradicionalmente distinguiendo entre la incongruencia omisiva o por defecto, incongruencia positiva o por exceso, e incongruencia mixta o por desviación, y así, las sentencias de 28 de octubre de 2011 (recurso 5472/2007) , 2 de noviembre de 2011 (recurso 3022/2008) y 29 de mayo de 2015 (recurso 2559/2013) indican que es incongruente la sentencia cuando no se pronuncia, *citra petita partium* (menos de lo pedido por las partes), sobre alguna de las pretensiones y cuestiones esgrimidas en la demanda -estamos ante una "incongruencia omisiva o por defecto" también denominada incongruencia ex silentio-. Igualmente se puede incurrir en incongruencia cuando se resuelve sobre pretensiones que no han ejercitado las partes como sucede en la incongruencia *ultra petita partium* (más allá de las peticiones de las partes) -es la denominada "incongruencia positiva o por exceso"- . Y, en fin, es también incongruente la sentencia cuando resuelve *extra petita partium* (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas, en el caso de la "incongruencia mixta o por desviación".

La parte recurrente fundamenta la incongruencia mixta o por desviación en la interpretación incorrecta por la Sala de instancia del contenido de la resolución sancionadora, en lo atinente al tipo imputado, lo que ha motivado, en su criterio, que no haya respondido a la pretensión procesal deducida.

En realidad, la Sala de instancia no ha cometido ningún error de comprensión de la resolución sancionadora, en lo relativo al tipo de la segunda de las infracciones de abuso de posición dominante objeto de sanción, por cobrar a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión.

La sentencia impugnada aborda el examen de las alegaciones de la parte recurrente relativas a la segunda infracción (FD 5º), con una precisa descripción de la conducta sancionada, señalando sin ningún error que consistió en *"un abuso de posición de dominio desde el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009 consistente en cobrar los trabajos de entronque y conexión."*

A continuación la sentencia impugnada (FD 5º) incorpora la transcripción literal de la fundamentación de la resolución sancionadora relativa a la apreciación de la segunda infracción, añadiendo de forma expresa que compartía los razonamientos de la CNC, lo que es incompatible con la interpretación equivocada de la resolución sancionadora que invoca la parte recurrente en este motivo.

Seguidamente la Sala de instancia rechaza las alegaciones de la parte recurrente que, a propósito de esta segunda infracción, había sostenido en la demanda que el artículo 10 del RD 222/2008 condiciona el régimen económico que establece a la publicación de una Orden Ministerial, razonando al respecto que el citado precepto, que también ha dejado transcrito, establece sin posibilidad alguna de confusión que la empresa distribuidora debe asumir el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución



existente, y que tal disposición, dados sus términos claros y terminantes, no requiere de desarrollo normativo ulterior.

Es cierto que la sentencia impugnada afirma, como señala la parte recurrente, que *"no se imputa la imposición de precios abusivos (...) sino el haber cobrado tales servicios de entronque y conexión cuando una norma claramente establece que han de ser asumidos por la distribuidora"*, pero tal frase ha de entenderse en su contexto, pues se expresa una vez que la Sala ha asumido los razonamientos de la CNC y ha rechazado los argumentos de la parte recurrente, y obedece a la finalidad de enfatizar -como lo hace la propia resolución de la CNC- que la conducta infractora de abuso de posición de dominio se manifiesta en el cobro de unos servicios que la norma no permite, no por el importe más o menos elevado de lo percibido, sino porque se trata de un cobro contrario a derecho en su totalidad.

De acuerdo con lo razonado se desestima el segundo motivo del recurso de casación.

SEXTO.- El tercer motivo del recurso refiere la infracción de la disposición final cuarta del RD 1623/2011 y de los artículos 9.3 del RD 222/2008, 128.2 LRJPAC y 25 CE, al estimar que las dos primeras disposiciones citadas destipificaron la conducta imputada, pues obligan al distribuidor a enviar a todos los solicitantes el presupuesto económico, junto con las condiciones técnicas necesarias para la ejecución de los trabajos de extensión de red.

A fin de examinar las alegaciones de la parte recurrente, es conveniente hacer una referencia al mercado en el que se apreció la conducta infractora, delimitado por la sentencia impugnada que incorporó al efecto a su texto los datos y elementos de la resolución de la CNC que estimó relevantes.

Por un lado, Endesa Distribución opera en la distribución de energía eléctrica en las provincias que indica la sentencia recurrida, y con las cuotas por puntos de suministro que también detalla y que exceden en todos los casos del 80%:

Tras señalar que EDE opera en la distribución de energía eléctrica en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Cataluña, Baleares, Canarias y Extremadura, la Resolución impugnada determina las cuotas de mercado de Endesa por número de puntos de suministro en cada una de las provincias en que opera: a) Cataluña: Barcelona 96%, Gerona 90%, Lérida 87%, Tarragona 95%; b) Andalucía: Jaén 99%, Córdoba 91%, Sevilla 98%, Huelva 88%, Cádiz 84%, Málaga 99%, Granada 96%, Almería 97%; c) Aragón: Zaragoza 100%, Teruel 94%, Soria 27%; d) Baleares: Baleares 99%; e) Canarias: Las Palmas 100%, Sta. Cruz de Tenerife 96%; f) Extremadura: Badajoz 100%.

El mercado conexo al de distribución en el que se apreció la infracción fue el de las *"instalaciones de nueva extensión de red"*, que de acuerdo con el artículo 9.2 del RD 222/2008, son 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. Y debe precisarse todavía que, como el precepto citado reserva en algunos supuestos la realización de dichas instalaciones a la empresa distribuidora, el mercado relevante queda limitado a las instalaciones de nueva extensión de red no reservadas a la empresa distribuidora.

El artículo 9 del RD 222/2008, en su primitiva redacción, y con anterioridad el artículo 103 del RD 1955/2000, por el que se regulaban las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, establecían en relación con estas instalaciones de nueva extensión de la red, no reservadas a la empresa distribuidora y que deben ser costeadas por el solicitante, que la empresa distribuidora debía comunicar por escrito al solicitante de un suministro el punto de suministro y las condiciones técnico económicas para realizar el mismo.

Bajo la vigencia del citado RD 1955/2000 el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia declaró, en la resolución de 14 de diciembre de 2006 (expediente 606/2005), que Endesa Distribución había incurrido en una conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC de 1989, por abuso de posición dominante en el mercado conexo de la instalación, partiendo de su posición de dominio como distribuidor único en la isla de Mallorca, y en el posterior recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la resolución sancionadora del TDC, ésta Sala dictó sentencia de 10 de febrero de 2011 (recurso 3042/2008), en la que señaló que *"...en modo alguno se sanciona por cualquier actuación en el mercado de las instalaciones de extensión y acometida sino -como ya se ha indicado al responder al motivo primero- por ofrecer presupuestos de instalación al tiempo de cumplir con sus obligaciones de información técnica a los usuarios que solicitan un nuevo suministro o la ampliación del existente...Y, por otra parte, resulta también indiscutible que, frente a lo que afirma la recurrente, en modo alguno el artículo 103.2.A del Real Decreto 1955/2000 obliga a ofrecer tales presupuestos."*

Añadía la STS citada que, en base al artículo 103.2.A del RD 1955/2000 , «"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"» .

El marco normativo que acabamos de exponer fue modificado por la disposición final 4ª del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre , por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico, que dio nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 del RD 222/2008 , que en lo que interesa al presente recurso dispone lo siguiente:

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, definido según lo establecido en el artículo 12.3 del texto refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, 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 del correspondiente plan de inversión. La cuantía de los derechos aplicables será remitida al solicitante en los plazos establecidos en el artículo 103 del 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, a contar desde la presentación de la solicitud. Las modificaciones consecuencia de los incrementos de potencia solicitados en un plazo inferior a tres años se considerarán de forma acumulativa a efectos del cómputo de potencia y serán costeadas, en su caso, por el solicitante teniéndose en cuenta los pagos efectuados por derechos de acometida durante ese periodo.

Para el resto de instalaciones de nueva extensión necesarias para atender las solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, con base en las condiciones técnicas y económicas a las que se refiere al apartado 3 de este artículo, el coste será de cuenta de sus solicitantes, sin que proceda el cobro de derechos extensión.

Una vez efectuada la solicitud, el distribuidor deberá presentar al solicitante en los plazos establecidos en el artículo 103 del 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 un pliego de condiciones técnicas y un presupuesto económico en documentos separados, que deberán contar con el siguiente desglose:

a) *Pliego de condiciones técnicas:*

1.º Trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, siempre que estos sean necesarios para incorporar a las nuevas instalaciones.

Los trabajos detallados en este apartado serán realizados por el distribuidor al ser éste es el propietario de esas redes y por razones de seguridad, fiabilidad y calidad del suministro.

2.º Trabajos necesarios para la nueva extensión de red.

Los trabajos referidos en este apartado podrán ser ejecutados a requerimiento del solicitante por cualquier empresa instaladora legalmente autorizada o por la empresa distribuidora.

b) *Presupuesto:*

1.º Presupuesto detallado según el desglose recogido en el pliego de condiciones técnicas de los trabajos correspondientes a refuerzos, adecuaciones, adaptaciones o reformas de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, necesarios para incorporar a las nuevas instalaciones. Este presupuesto deberá pormenorizar, de acuerdo a lo establecido en los correspondientes Procedimientos de Operación de Distribución, que conceptos deberán ser abonados por el solicitante y cuales serán a cuenta de la empresa distribuidora.

2.º Presupuesto detallado según el desglose recogido en el pliego de condiciones técnicas de los trabajos necesarios para la nueva extensión de red.

La empresa distribuidora deberá hacer constar de manera expresa en el presupuesto que dichas instalaciones podrán ser ejecutadas bien por la empresa distribuidora o bien por un instalador autorizado que deberá llevar a cabo la instalación de acuerdo a las condiciones detalladas en el pliego de prescripciones técnicas, a las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias y a las establecidas por la empresa distribuidora y aprobadas por la Administración competente.



En el caso de que el solicitante decida que la empresa distribuidora ejecute los trabajos deberá comunicarlo de manera expresa a la misma en el plazo de 3 meses a contar desde la recepción del presupuesto.

Igualmente, si el solicitante decidiese que fuese cualquier otra empresa instaladora legalmente autorizada la que ejecutase los trabajos deberá comunicarlo a la empresa distribuidora en el plazo de 3 meses a contar desde la recepción del presupuesto.

Por tanto, el artículo 9.3 del RD 222/2008 , en su nueva redacción dada por el RD 1623/2011, que entró en vigor el 8 de diciembre de 2011, en los supuestos en los que se solicite un nuevo suministro o una ampliación del existente que conlleven la realización de trabajos de nueva extensión de red no reservada, impone a la empresa distribuidora la obligación de presentar al solicitante, dentro de determinados plazos y en documentos separados, un pliego de condiciones técnicas y un presupuesto económico, que incluirá: i) el presupuesto detallado de los trabajos correspondientes a refuerzos, adecuaciones, adaptaciones o reformas de instalaciones de la red de distribución existente en servicio, necesarios para incorporar a las nuevas instalaciones, que serán realizados por el distribuidor al ser éste el propietario de esas redes y por razones de seguridad, fiabilidad y calidad del suministro, y ii) el presupuesto detallado de los trabajos necesarios para la nueva extensión de red, que podrán ser ejecutados a requerimiento del solicitante por cualquier empresa instaladora legalmente autorizada o por la empresa distribuidora, y que como antes hemos indicado constituyen el mercado de producto de referencia en este caso.

La disposición derogatoria única del RD 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, derogó de forma expresa el RD 222/2008, salvo la disposición final cuarta que no afecta a este recurso, si bien el artículo 25 del citado RD mantuvo idéntica regulación que la normativa anterior en relación con la documentación (pliego de condiciones técnicas y presupuestos) que debe remitir el distribuidor al solicitante de instalaciones de nueva extensión de red no reservadas a la empresa distribuidora.

SÉPTIMO.- Como se ha indicado, la parte recurrente alegó en este tercer motivo que la disposición final cuarta del RD destipificó la conducta imputada, al imponer al distribuidor la obligación de enviar a todos los solicitantes el presupuesto económico junto con las condiciones técnicas necesarias para la ejecución de los trabajos de extensión de red.

La sentencia impugnada, después de examinar y reproducir la nueva regulación resultante del artículo 9.3 del RD 222/2008 , en redacción dada por la DF 4ª del RD 1623/2011 , desestimó las alegaciones de la demanda sobre la aplicación retroactiva de la norma más favorable, por considerar que fue esencial en el comportamiento imputado de remisión de los presupuestos, "la forma en que se hizo" , y justificó con los siguientes razonamientos que la citada disposición no da cobertura al comportamiento de la actora:

Pues bien, la disposición anterior no da cobertura al comportamiento de la actora, porque lo que se impone en la misma es la remisión al solicitante del pliego de condiciones técnicas y el presupuesto, pero la imputación realizada lo es, en esencia, la utilización de información que le es conocida por su condición distribuidor para 1) seleccionar aquellas instalaciones no reservadas de mayor envergadura y 2) remitir su oferta al tiempo que ha de informar sobre las condiciones técnico-económicas de la solicitud. Por lo tanto, no se ha imputado un comportamiento consistente en remitir la oferta al tiempo que las condiciones técnicas, sino hacerlo seleccionando las instalaciones no reservadas de mayor envergadura, utilizando una información que no es accesible para los potenciales operadores en el mercado.

En este sentido, la resolución sancionadora de la CNC y la sentencia impugnada tuvieron por acreditado que, al recibir una solicitud de acometida no reservada, Endesa Distribución decide enviar al cliente un presupuesto para la realización de la obra, pero no en todos los casos, sino únicamente en los casos de las instalaciones de mayor envergadura. Es decir, Endesa Distribución selecciona aquellos clientes que representan mayor volumen de negocio para remitir a estos, y solo a estos y no a los demás solicitantes, un presupuesto sin que medie petición alguna por su parte.

La Sala coincide con los razonamientos de la sentencia de instancia sobre la inaplicación retroactiva de la norma que la parte recurrente estima más favorable, porque - sin necesidad de analizar los argumentos de la CNC sobre la naturaleza de la norma -, ésta no da cobertura al comportamiento imputado, pues en ningún caso autoriza a la empresa distribuidora a seleccionar las instalaciones de mayor envergadura, y, menos aún, a utilizar a tal fin la información conocida en su condición de distribuidor, que fue la conducta sancionada desarrollada por Endesa Distribución.

Además, a mayor abundamiento, estimamos que tampoco sería posible la aplicación retroactiva que pretende la parte recurrente, en la hipótesis que no aceptamos de que la nueva norma diera cobertura a la conducta infractora, porque no se refiere a una nueva norma sancionadora más favorable, sino a una nueva norma que



-siempre en la tesis de la parte recurrente- destipifica la conducta objeto de sanción, al autorizar o incluso obligar a las empresas distribuidoras a remitir los presupuestos de los costes de ejecución a los solicitantes de instalaciones de nueva extensión de red, y dicha destipificación -que es el eje principal de este motivo- ha sido declarada nula por la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2017 (recurso 344/2012), por constituir un obstáculo al funcionamiento competitivo de este mercado conexas de empresas de instalaciones eléctricas de extensión de redes de distribución, con el expreso reconocimiento por la citada sentencia de esta Sala de que: *"la aprobación por el Consejo de Ministros de esta norma (que fue introducida en la disposición final cuarta del Real Decreto 1623/2011) constituye un ejercicio desviado de la potestad reglamentaria..."*

"...pues la regulación no está justificada por razones de interés público, y no resulta necesaria ni proporcionada para la consecución de los fines que pretende perseguir, vinculados a garantizar una seguridad, fiabilidad y calidad del suministro eléctrico, al afectar lesivamente al buen funcionamiento del mercado de empresas de instalaciones eléctricas de extensión de la red de distribución".

En el traslado efectuado para oír a las partes sobre la incidencia que en el presente recurso pudiera tener la sentencia de la Sala que acabamos de citar, la parte recurrente sostuvo que el artículo 25.3 del RD 1048/2013 parcialmente anulado constituye una cuestión nueva respecto de este recurso, y que la referida sentencia no anuló el artículo 9.3 del RD 222/2008 en la redacción dada por la disposición final cuarta del RD 1623/2011 , que estuvo válidamente en vigor desde el 7 de diciembre de 2011 hasta la fecha de entrada en vigor del RD 1048/2013, sin que dichos argumentos desvirtúen los razonamientos que hemos efectuado con anterioridad sobre la aplicación retroactiva que pretende la parte recurrente, que no puede prosperar por los motivos ya expuestos de que la nueva regulación contenida en la disposición final 4º del RD 1623/2011 no da cobertura a la conducta de selección de clientes por su interés económico que llevó a cabo la parte recurrente y por la que fue sancionada, sin perjuicio de que -a mayor abundamiento- tampoco pueda aceptarse que el artículo 25.3 del RD 1048/2013 , que resultó anulado por la sentencia de la Sala de 5 de junio de 2017 por ser contrario a derecho, constituya una cuestión nueva en este recurso, pues la propia parte recurrente invocó dicho precepto en su defensa en su escrito de interposición del recurso (página 28), reconociendo que el indicado precepto, que reprodujo parcialmente, mantiene la *"misma previsión"* que la contenida en la disposición final cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre , estimando la Sala que en definitiva - declarada su nulidad- no puede pretenderse que la norma reglamentaria contraria a la LDC "destipificara" la conducta sancionada.

Se desestima de acuerdo con lo razonado el tercer motivo del recurso de casación.

OCTAVO.- El motivo cuarto del recurso de casación alega que la sentencia impugnada incurrió en error en la valoración de la prueba, con vulneración de los artículos 9.3 , 24 y 25 de la Constitución , 217 y 348 de la LEC , 6 de la LDC de 1989 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), al rechazar los argumentos de la parte recurrente que defendían que la conducta imputada no había generado ventaja, ni efecto de exclusión alguno. Expone la parte recurrente en este motivo, que aportó dos informes periciales sobre la falta de ventajas y de efectos exclusivos de la conducta imputada, así como pruebas documentales consistentes en pronunciamientos emitidos por el Tribunal Supremo, el Consejo de Ministros y el Consejo de Estado sobre la legalidad de la conducta impugnada, si bien la sentencia guarda silencio absoluto sobre dichas pruebas, añadiendo que las circunstancias acreditadas a través de las pruebas aportadas y posteriormente ratificadas ante la Sala, no han sido en absoluto consideradas por la sentencia impugnada, que incurrió en error en la valoración de la prueba, en los términos reiteradamente recogidos en la jurisprudencia, señalando la parte recurrente que de haber tenido en cuenta las pruebas aportadas y haberlas apreciado correctamente, la sentencia impugnada habría constatado que la conducta imputada no ha generado ventaja, ni tenido efecto de exclusión, lo que habría determinado, a su vez, la exclusión del carácter típico de la conducta imputada.

La invocación de la parte recurrente, por el cauce del apartado d) del artículo 8.1 de la LJCA , de error en la valoración de la prueba, no tiene en cuenta la doctrina reiteradísima de esta Sala, de la que sirven de ejemplo, entre otras muchas, las sentencias de 24 de septiembre de 2008 (recurso 2114/2006), 23 de marzo de 2010 (recurso 6404/2005) y 6 de julio de 2015 (recurso 3002/2013), que señalan que la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con intermediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración de la prueba no ha sido incluida como motivo de casación en el orden Contencioso Administrativo en la LJCA, lo cual se cohonesto con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia.

No obstante, la anterior regla general de imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de instancia, admite excepciones en los contados casos delimitados por la jurisprudencia, entre ellos, cuando se sostenga y demuestre, invocando el motivo de la letra d) del artículo 88, apartado 1,



de la Ley 29/1998 , la infracción de algún precepto que discipline la apreciación de pruebas tasadas, o que esa valoración resulta arbitraria, ilógica o irrazonable, si bien estas excepciones, como tales, tienen carácter restrictivo, por lo que no basta su mera invocación para franquear su examen por este Tribunal Supremo, sino al contrario, partiendo de la base de que la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia queda excluida del análisis casacional, la revisión de esa valoración en casación únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala de instancia se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente en casación aportar los datos y razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido.

En este caso, el motivo no puede prosperar, pues la parte recurrente se limita a la invocación del error en la valoración de la prueba, sin sostener ni demostrar que dicha valoración resulte arbitraria, ilógica o irrazonable.

La parte recurrente considera erróneamente valorada la prueba pericial y la prueba documental.

En relación con la prueba pericial, se trata de dos informes elaborados por la firma de consultoría PricewaterhouseCoopers, Asesores de Negocios S.L. (PwC), que la parte recurrente acompañó como documento nº 3 de su demanda, a los efectos de apoyar las alegaciones de la demanda (Fundamento de Derecho I, página 25 apartados ii y iv), que sostenían que la conducta imputada no ofreció ninguna ventaja, lo que directamente excluía el tipo abusivo y no ha generado efecto de exclusión alguno en el mercado, de lo que igualmente resulta la inaplicabilidad de los artículos 6 de la LDC de 1989 y 102 del TFUE .

La sentencia impugnada (FD IV), después de resumir las alegaciones de la parte recurrente respecto del primer cargo, relativas a la aplicación retroactiva de la que entiende norma más favorable y a la inexistencia de efectos de exclusión reales o potenciales, señaló respecto de esta última alegación que la sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011 , que resolvió sobre un comportamiento que la Sala de instancia calificó de idéntico al primer cargo de la resolución administrativa impugnada, contenía afirmaciones que debían recordarse.

Seguidamente la sentencia impugnada reprodujo los siguientes razonamientos de nuestra sentencia de 10 de febrero de 2011 (recurso 3042/2008) que estimó aplicables al caso, entre ellos, la reiteración de un criterio que este Tribunal ya había mantenido en sentencias anteriores, conforme al cual en principio la conductas infractoras del artículo 6 de la LDC de 1989 , que es el precepto que ahora nos interesa, *"...no requieren inexcusablemente ni propósito ni consecuencias anticompetitivas, lo que tampoco supone, como es obvio, que tales circunstancias sean irrelevantes, sino que habrá que atender a las circunstancias del caso..."*

Al hacer suya la anterior consideración, la sentencia impugnada viene a señalar que la inexistencia de ventajas y exclusiones derivadas de la conducta imputada, que la parte recurrente pretendía acreditar con la prueba pericial, carecía de relevancia a los efectos pretendidos por la parte de exclusión del tipo abusivo e inaplicabilidad de los artículos 6 de la LDC de 1989 y 102 del TFUE .

Pero, además, la sentencia impugnada sí se pronunció sobre la incidencia del comportamiento imputado sobre la competencia, aceptando las conclusiones de la resolución impugnada de la CNC sobre el grado de aceptación de los presupuestos enviados por Endesa Distribución, indicando lo siguiente:

«Pues bien, la incidencia del comportamiento imputado sobre la competencia en el sector, se analiza en la Resolución impugnada al analizar el grado de aceptación del presupuesto, en los términos ya antes señalados:

"Los presupuestos por la totalidad de la obra de extensión remitidos por EDE fueron finalmente aceptados, en promedio, en un [30-40]% de los casos. A ello habría que añadir un reducido número de casos en que el presupuesto se aceptó parcialmente, realizando el solicitante por su cuenta alguno de los trabajos ([0-10]% del total). Por su parte, los presupuestos por la ejecución de los trabajos reservados por motivos de seguridad fueron aceptados por los solicitantes en un [60-70]% de las ocasiones."

Por ello, no puede afirmarse que no existieran efectos sobre la competencia en el mercado.»

En relación con la prueba que la parte recurrente califica como documental, se trata de resoluciones de este Tribunal Supremo, del Consejo de Ministros y de la Comisión Nacional de la Energía, y cabe señalar, en relación primero con las resoluciones de este Tribunal -el auto de 14 de junio de 2012 y la sentencia de 27 de mayo de 2013 -, que si la parte recurrente estima que la sentencia impugnada ha infringido la jurisprudencia que considere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, dicha infracción no puede hacerse valer como un error en la valoración de la prueba con infracción de la sana crítica a que se refiere el motivo que examinamos, sin perjuicio de que la sentencia recurrida ha estimado que los criterios jurisprudenciales aplicables en este caso, con implícita exclusión de cualesquiera otros contradictorios en la hipótesis de que existieran, debían ser los contenidos en la sentencia de 10 de febrero de 2011 , como consecuencia de su contundente afirmación (FJ 4º) de que tal sentencia *"resolvió un comportamiento idéntico"* , y en cuanto



a las resoluciones del Consejo de Ministros y de la Comisión Nacional de la Energía, acompañados como documentos 5 y 6 de la demanda, no tenían por objeto la acreditación de ningún hecho que fuera de interés para la resolución del presente recurso, sino como la propia parte recurrente admite se trata de resoluciones que -en su criterio- avalaban la legalidad de la conducta imputada, y la sentencia impugnada ha expresado de forma suficiente las razones por las que consideró que la conducta examinada de la parte recurrente no era conforme a derecho, sino que constituía una infracción de abuso de posición dominante de los artículos 6 de la LDC de 1989 y 102 del TFUE .

El motivo cuarto del recurso de casación no puede prosperar.

NOVENO.- El motivo quinto del recurso aprecia la vulneración por la sentencia impugnada de los artículos 10 del RD 222/2008 , 2 de la LDC de 2007, 9.3 , 24 y 25 de la CE y 217 y 348 de la LEC , y después de invocar la incongruencia omisiva de la sentencia que denunció en el motivo segundo del recurso, reconoce que es cierto que el artículo 10.4 del RD 222/2008 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, si bien critica a la sentencia impugnada que omitiera señalar que el apartado 2 del citado artículo 10 del RD 222/2008 condiciona el régimen económico previsto en dicho precepto a su desarrollo por la correspondiente Orden Ministerial, que se llevó a cabo por la Orden ITC 3519/2009, a lo que añade que la sentencia recurrida comete un gravísimo error al entender que la resolución sancionadora no imputa la imposición de precios abusivos, que es doctrina constante en nuestro derecho que una vulneración de una empresa en posición de dominio de normas distintas a la LDC no supone, por si misma, un abuso de dicha posición y que ha aportado una prueba pericial que acreditaba que el margen medio obtenido por la recurrente era tan solo el 1,8%, que difícilmente puede revelar la imposición de precios excesivos, guardando la sentencia absoluto silencio respecto de dicha prueba, lo que genera indefensión a la recurrente.

La parte recurrente vuelve a insistir en este motivo sobre el error de la sentencia impugnada al considerar que la resolución de la CNC no le imputaba la imposición de precios abusivos, si bien tal alegación ha sido examinada por la Sala y desestimada al resolver sobre el motivo segundo del recurso, por lo que a lo anteriormente razonado nos remitimos, además de señalar que la cuestión, en cuanto se refiere a una infracción de las normas reguladoras de la sentencia que tiene su cauce específico en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , está mal traída a este motivo, que se formula al amparo del apartado d) del mismo precepto legal.

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, determina en su artículo 10 la retribución por acometidas, y después de señalar en su apartado 1 que los derechos de acometida pueden incluir alguno de los conceptos que indica (derechos de extensión, de acceso y de supervisión de instalaciones cedidas), añade en el apartado 4 de dicho precepto:

4. 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.

En el mismo artículo 10 del RD 222/2008 , el apartado 2 establece lo siguiente:

2. El régimen económico de los derechos de acometida y demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro de los usuarios se establecerá por orden ministerial, previo informe de la Comisión Nacional de Energía y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (...)

De conformidad con su disposición final sexta, el RD 222/2008 , que se publicó en el BOE nº 67, de 18 de marzo de 2008, entró en vigor el día siguiente al de su publicación.

El desarrollo normativo a que se refiere el artículo 10.2 del RD 222/2008 fue llevado a cabo por la Orden ITC/3591/2009, 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, que se publicó en el BOE de 31 de diciembre de 2009.

Es un hecho que la sentencia recurrida y la resolución de la CNC tienen por acreditado, sin oposición de la empresa recurrente, que entre el 19 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, la indicada recurrente ha cobrado a los clientes por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución.

La Sala de instancia asumió de forma expresa el razonamiento de la resolución de la CNC, que señaló que el artículo 10.4 del RD 222/2008 excluye que haya que fijar un valor para el cobro de derechos de entronque y conexión, por lo que carece de sentido retrasar su entrada en vigor hasta la publicación de una normativa de



desarrollo, pues si lo que dispone el RD 222/2008 es que no se cobre por este tipo de actuaciones, no es preciso fijar ningún valor, ni subordinar la entrada en vigor de la norma a la fijación de un valor que es innecesario.

Como expresa la sentencia de instancia, se trata de una regulación normativa que no puede llamar a confusión, y una interpretación contraria no es razonable desde ninguno de los criterios de interpretación de las normas jurídicas.

Los argumentos de la parte recurrente sobre la omisión por la sentencia impugnada de la cita a las normas de desarrollo a que se refiere el artículo 10.2 del RD 222/2008 no pueden acogerse al ser dicha cita innecesaria, pues de forma expresa indica la sentencia recurrida que la disposición aplicable -el artículo 10.4 del RD 222/2008 - *"no requiere desarrollo ulterior, pues es clara y terminante y no necesita de complemento para su aplicación, ya que impone a la empresa distribuidora la asunción del coste de entronque y conexión, y tal imposición no necesita de desarrollo normativo alguno"*.

La Sala comparte los anteriores razonamientos, pues las disposiciones del RD 222/2008 antes transcritas, que establecen que la empresa distribuidora será responsable y asumirá el coste del entronque y conexión de las nuevas instalaciones a la red de distribución existente y que el texto reglamentario entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, son normas claras, que no pueden originar confusión a una empresa distribuidora que ocupa una posición de dominio en el sector.

En este motivo la parte recurrente cita la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006 (recurso 9174/2014), que examina los supuestos en los que los actos de competencia desleal pueden ser sancionados como conductas prohibidas, a título de la Ley 16/1989, sin guardar por tanto identidad o igualdad con el caso que ahora examinamos, en el que no estamos ante un acto de competencia desleal de los descritos por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En todo caso, lo que se afirma en la sentencia de esta Sala invocada por la parte recurrente (FD 10º), es que *"la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el artículo 6 de la Ley 16/1989, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra."*

En este caso, la resolución de la CNC, cuyos razonamientos ha asumido la sentencia impugnada, deja claro (FJ 6º) que no se sanciona el mero incumplimiento de la normativa sectorial por parte de EDE, sino el ejercicio de un poder de mercado monopolístico para obtener un beneficio indebido de acuerdo con el marco normativo, pues la distribuidora se encontraba en una posición de dominio sobre la red de distribución, de la que se aprovechó, de manera que siendo la única empresa que podía realizar las actuaciones a que nos referimos, imprescindibles para realizar la conexión, cobró a los clientes por la ejecución de unos trabajos sin estar autorizada para dicho cobro.

El silencio que la parte recurrente imputa a la sentencia recurrida respecto de la prueba pericial, causante de indefensión, no tiene su cauce adecuado en este motivo que la parte formula al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , y en todo caso, no existe tal silencio, pues la sentencia contiene una indicación expresa (FJ 5º) sobre la irrelevancia del informe pericial al que se refiere la parte recurrente, acompañado a su demanda, en el que se indicaba que el margen obtenido por Endesa Distribución en estos trabajos era del 1,8%, y fundamenta tal conclusión valorativa de la prueba en la forma siguiente:

No se imputa la imposición de precios abusivos -por ello el informe de PWC no es relevante-, sino el haber cobrado tales servicios de entronque y conexión, cuando una norma claramente establece que han de ser asumidos por la distribuidora.

Ya hemos indicado, al resolver sobre el motivo segundo del recurso, que esta afirmación de la sentencia recurrida, examinada en su contexto, es perfectamente coherente con la resolución impugnada, pues se expresa después de que la Sala de instancia haya asumido los razonamientos de la CNC, entre los que se incluye la calificación de la conducta como una infracción del artículo 2.2.a) de la LDC de 2007 , que establece que el abuso de posición de dominio podrá consistir, en particular, en *"la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos"* , y la consideración de que, si en otras ocasiones la CNC determinó que un precio es abusivo por comparación con una referencia válida, en este caso el término de comparación es el que determina el RD 222/2008 en su artículo 10.4 , esto es, la obligación de no cobrar un precio a los clientes por estas labores de entronque.

Por tal razón la sentencia impugnada consideró irrelevante la prueba pericial, que mantenía que el margen de beneficio en estos trabajos se limitaba a un 1,8%, pues el abuso de posición de dominio se manifiesta en este caso no por exigir la parte recurrente un importe más o menos elevado en relación con el coste de los trabajos, sino porque se trata de un cobro indebido en su totalidad.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, se desestima el motivo quinto del recurso de casación.

DÉCIMO.- El motivo sexto del recurso de casación aduce que la sentencia impugnada, al confirmar la resolución de la CNC en el apartado de la determinación y graduación de las sanciones, ha infringido los artículos 10 de la LDC de 1989 , 63 y 64 de la LDC de 2007, 14 de la Constitución y 218.2 LEC , así como el principio de proporcionalidad.

El motivo está dividido en dos apartados.

En el primer apartado, la parte recurrente denuncia el apartamiento injustificado de la sentencia impugnada del criterio de la propia Sala en la aplicación del límite del 10% del volumen de negocios, con vulneración del derecho a la igualdad.

Añade la parte recurrente, en el segundo apartado, que la sentencia recurrida vulnera el artículo 10 de la LDC de 1989 , los artículos 63 y 64 de la LDC de 2007 y el principio de proporcionalidad, al confirmar la sanción impuesta, como consecuencia (i) del rechazo de los motivos de invalidez de la resolución impugnada esgrimidos en cuando a la incorrecta cuantificación de la multa en el Fundamento de Derecho 3º de la demanda y en el escrito de conclusiones, entre otros, los motivos relativos a la incorrecta aproximación al segmento del mercado afectado por la infracción, con errónea valoración del volumen de ventas afectado por la infracción y la ausencia de efectos anticompetitivos resultantes de la conducta, ii) así como de la ignorancia de las pruebas aportadas por la parte recurrente, que ha supuesto una incorrecta valoración de los criterios relevantes para la cuantificación de la sanción.

En cuanto a la primera de las cuestiones que plantea la parte recurrente en este motivo, la Sala no aprecia un cambio inmotivado o injustificado de criterio por el tribunal de instancia en la graduación, pues es la propia sentencia (FD 6º, último párrafo) la que indica de forma expresa que, en ocasiones anteriores, ha afirmado que la graduación de la sanción ha de realizarse según el volumen de ventas del ejercicio anterior al de la imposición de la sanción en el mercado geográfico y de producto, entre otros criterios, si bien añade seguidamente... *"De los razonamientos de la Resolución, no se concluye que se haya operado así; pero en la demanda no se alega que la multa se haya impuesto por encima del respectivo volumen de negocio"* , y tras otras consideraciones relativas al porcentaje aplicado, concluye estimando que se ha cumplido el principio de proporcionalidad.

De manera que la sentencia expone cual fue el criterio de la Sala de instancia en la graduación de la sanción *"en otras ocasiones"* , y admite que la resolución de la CNC no ha operado así, pero tiene en cuenta que *"en la demanda"* no se alega que la multa se haya impuesto por encima del 5% del respectivo volumen de negocios, y ello es cierto, pues las alegaciones sobre el volumen de negocios a considerar se formulan no en la demanda, sino en el escrito de conclusiones, por lo que, teniendo en cuenta dicha circunstancia y otras, como que la sanción se ha impuesto en un grado medio o inferior, concluyó la sentencia impugnada apreciando que se había respetado el principio de proporcionalidad.

De esta forma la sentencia impugnada ha explicado las razones por las que considera que, a pesar de no utilizarse como referencia del límite máximo el volumen de negocios del ejercicio anterior en el mercado geográfico y de producto, como la Sala había mantenido en otras ocasiones, en el presente caso no estima que se haya infringido el principio de proporcionalidad, y podrán o no compartirse los argumentos de la sentencia, pero no puede imputarse a la misma falta de motivación del criterio aplicado, pues como se acaba de comprobar, la sentencia impugnada ha explicado los criterios y razonamientos seguidos para llegar a la decisión de estimar que las multas impuestas no infringen el principio de proporcionalidad, de forma que permite a la parte, si no está conforme con dichos criterios, impugnarlos, como ha hecho en este motivo del recurso de casación, en el apartado B) que pasamos a examinar.

DÉCIMOPRIMERO.- La parte recurrente alega, en el segundo apartado de este motivo, que la sentencia impugnada, en cuanto confirma la sanción impuesta, infringe los artículos 10 de la LDC de 1989 , 63 y 64 de la LDC de 2007 y el principio de proporcionalidad, y el motivo debe prosperar, pues efectivamente la sentencia recurrida confirma las multas impuestas por la Comisión Nacional de la Competencia, que en su determinación siguió las pautas y criterios de su Comunicación de 6 de febrero de 2009 , utilizando criterios de graduación que esta Sala no considera ajustados a derecho.

El artículo 131 de la Ley 30/1992 confirma la sujeción de la potestad sancionadora al principio de proporcionalidad, y en su apartado 3 destaca como una de sus manifestaciones que *"en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada."*

En el sistema de determinación de las sanciones, descrito por los artículos 10 de la LDC de 1989 y 63 y 64 de la LDC de 2007, la proporcionalidad o adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción



y la sanción aplicada, se alcanza mediante la aplicación de los criterios legales de graduación, dentro de los límites máximos que dichos preceptos detallan.

Sin embargo, la resolución sancionadora de la CNC, así como la sentencia impugnada que confirmó las multas, aplicaron los límites máximos y criterios de graduación de las sanciones, establecidos en los preceptos de la LDC que acabamos de citar, en la forma determinada por la Comunicación de 6 de febrero de 2009, que la jurisprudencia de esta Sala no estima ajustada a derecho.

En la sentencia de esta Sala, de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) y en numerosas otras posteriores, nos hemos pronunciado sobre la disconformidad a derecho de la cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de la competencia, llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de la CNC, de 6 de febrero de 2009, 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 11 de febrero de 2009), que la resolución sancionadora de la CNC ha aplicado en este caso, porque implica en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, que puede alcanzar un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción, lo que implica, como explica la STS a que nos hemos referido, en una buena parte de los casos, *"establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios"* , por lo que llegamos a la conclusión de que este método de cálculo *"podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea ... pero no se aviene con la norma legal española."*

Además de aplicar una metodología que no se ajusta a las reglas de los artículos 10 de la LDC de 1989 y 63 y 64 de la LDC 15/2007, ni es conforme con el principio de proporcionalidad, también tiene razón la parte recurrente en la crítica a la sentencia impugnada y a la resolución sancionadora en la vulneración de los preceptos indicados, ya que omiten considerar algunos criterios legales para la graduación de las sanciones, como ocurre con la dimensión del mercado afectado, que es tenida en cuenta junto con la duración de la infracción para determinar la base de cálculo de la multa, y no como criterio de graduación de su cuantía.

De acuerdo con lo razonado, procede la estimación del motivo, al haber aplicado la resolución sancionadora y la sentencia impugnada unos criterios de determinación del importe de las sanciones contrarios a los artículos 10 de la LDC de 1989 y 63 y 64 de la LDC de 2007 y al principio de proporcionalidad.

DECIMOSEGUNDO.- La estimación del recurso obliga a esta Sala a resolver, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la LJCA , lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate.

La parte recurrente alegó en su escrito de demanda (FD III, apartado B) que la resolución de la CNC había vulnerado el principio de proporcionalidad y los artículos 10 de la LDC de 1989 y 64 de la LDC de 2007, en el cálculo del importe de las multas: i) al valorar incorrectamente la duración de la infracción, ii) la infracción queda desvirtuada en los supuestos en los que el presupuesto no se envía a los clientes finales, sino a los instaladores representantes, iii) valoración errónea del volumen de ventas afectado por la infracción, iv) valoración errónea de los efectos de la conducta, pues careció de efectos anticompetitivos, a lo que añadió (FD III, apartado C) que la CNC había vulnerado igualmente el principio de proporcionalidad en relación con la sanción impuesta por el cobro de los trabajos de entronque y conexión, y en su escrito de conclusiones la parte recurrente alegó también que la resolución impugnada vulneró los criterios de la Audiencia Nacional sobre el significado del 10% previsto en los artículos 10 de la LDC de 1989 y 63 de la LDC de 2007, que por un lado constituye un límite absoluto respecto a la cuantía que pueden alcanzar las sanciones, y no un umbral de nivelación, y por otro lado, se ha de aplicar dicho porcentaje sobre el volumen de negocios en el ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción durante el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, insistiendo en las cuestiones ya invocadas en la demanda relativas a la errónea valoración del volumen de ventas afectado por la infracción y a la falta de efectos anticompetitivos.

En cuanto al límite máximo de las sanciones, en la sentencia de esta Sala antes citada, de 29 de enero de 2015 y en las que la han seguido, decíamos que el artículo 63 de la LDC de 2007 -y lo mismo cabe indicar respecto del artículo 10 de la LDC de 1989 -, marca los límites para la imposición de las sanciones, no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifra máxima de una escala en el seno de la cual ha de individualizarse la multa.

En particular el artículo 10 de la LDC de 1989 , que es la norma que la resolución de la CNC estimó aplicable, fija el límite máximo o techo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debe concretarse, atendiendo a la importancia de la infracción según los criterios de graduación precisados en el apartado 2 del precepto.



Dicho límite máximo está fijado en el 10 por ciento *"del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal"*, y tiene razón la parte recurrente al denunciar que la resolución de la CNC infringió la regla anterior, pues tuvo en cuenta el volumen de ventas del período durante el que se mantuvo la conducta infractora, si bien el precepto exige la aplicación del indicado porcentaje del 10 por 100, no al volumen de ventas del mercado afectado por la infracción, como alega la parte recurrente, sino al volumen de ventas de la empresa, habiendo señalado al respecto la sentencia de esta Sala de reiterada cita, de 29 de enero de 2015, que la expresión de volumen de negocios -o *"volumen de ventas"* que utiliza el artículo 10 de la LDC de 1989 - no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión de *"volumen de negocios total"* que emplea el artículo 63 de la LDC de 2007.

Por tanto, en la determinación de la cuantía de la multa que corresponda a las conductas infractoras, de acuerdo con los artículos 10.1 de la LDC de 1989 y 63 de la LDC de 2007, tal y como son interpretados por la jurisprudencia de esta Sala, habrá de tenerse en cuenta, como límite máximo, el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que fue el ejercicio 2011, con la limitación obligada que resulta de la prohibición de la *reformatio in peius* a que más adelante haremos referencia.

Examinamos seguidamente las alegaciones de la parte recurrente sobre la aplicación de los criterios de graduación descritos en el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 16/1989, que permiten ponderar -dentro de los límites indicados en el párrafo anterior- la importancia de la infracción a fin de cuantificar el importe de la sanción.

1.- En relación con la duración de la infracción de envío de presupuestos en las instalaciones no reservadas al distribuidor (primera infracción), que se inició el 16 de enero de 2001, la parte recurrente alega que el día final debe situarse en el día 12 de mayo de 2009, que es la fecha en la que se dictó el pliego de concreción de hechos, si bien se trata de un error, pues el citado pliego es de fecha 12 de mayo de 2011 (folio 4809 del expediente), y en la propuesta de resolución, de 13 de junio de 2011, se expresa que esta práctica anticompetitiva se había venido produciendo desde la fecha indicada de 16 de enero de 2001 *"y hasta la actualidad"* (apartado 150 de la propuesta en folio 5623 del expediente), habiéndose dado traslado de la indicada propuesta a la parte recurrente. Se considera, en cualquier caso, a la vista de la duración de la infracción, que la diferencia de unos meses entre mayo o junio de 2011 y la fecha final considerada por la resolución de la CNC de 7 de diciembre de 2011 carece de relevancia.

2.- También indica la parte recurrente en su demanda que la CNC no ha tenido en cuenta, en la determinación del importe de la primera infracción, que un porcentaje elevado de las solicitudes -alrededor de un 30%- se efectúa por un representante, que en muchas ocasiones es un instalador, por lo que en tales casos, en los que la respuesta con la oferta económica se dirige al instalador, la conducta abusiva no se produce. Sin embargo, la resolución sancionadora examinó esta cuestión, y razonó su rechazo, al no existir ninguna constatación de que el representante sea sólo -ni principalmente- un instalador, lo que confirma un informe pericial aportado por la propia parte recurrente, que afirma que, en una muestra aleatoria, de 100 representantes 36 eran instaladores, sin detalle ni justificación de la forma de selección de la muestra, compartiendo la Sala las anteriores razones que impiden ponderar esta circunstancia -no suficientemente acreditada- a los efectos de determinar el importe de la sanción.

3.- La dimensión del mercado afectado por la primera infracción es un criterio de graduación previsto en el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 16/1989, que no ha sido ponderado con arreglo a derecho por la resolución sancionadora, pues lo consideró como un factor para calcular el importe básico de la multa, de acuerdo con la metodología de la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, que ya hemos indicado no se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad, cuando la dimensión del mercado afectado debe ponderarse en la individualización de la multa, siendo dicho mercado el de las instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor, tal y como ha sido delimitado por la resolución sancionadora, sin que la Sala comparta el criterio de la demanda sobre la limitación del mercado afectado al volumen de negocios que la empresa recurrente habría realizado incluso en ausencia de la práctica investigada, pues carece de base razonable reducir la relevancia del mercado afectado en dicha forma.

4.- En cuanto a la valoración de los efectos de la conducta infractora en el mercado afectado, la parte recurrente alega que la CNC no ha sido capaz de demostrar en qué medida las conductas imputadas han tenido efectos competitivos, pero que dichos efectos no se hayan cuantificado en un preciso importe de beneficios o de porcentaje de incremento de la cuota de mercado, no significa que los mismos no se hayan producido y sean apreciados por resolución sancionadora, que al respecto señaló (página 45) que *"...como consecuencia de la conducta desarrollada por EDE, la probabilidad de que el cliente tiende a aceptar el presupuesto recibido en primer lugar de la distribuidora es elevada"* y que *"ello afecta decisivamente al desarrollo de la competencia en este mercado"*, y como antes hemos señalado, la sentencia impugnada indicó sobre esta cuestión, con el valor



de hecho probado, que el porcentaje de aceptación de los presupuestos por la totalidad de la obra, remitidos por la empresa recurrente, se sitúa en un 30-40%, razón por la que la Sala de instancia rechazó la alegación de que no existieron efectos sobre la competencia, conclusión con la que esta Sala está de acuerdo.

5.- Considera la parte recurrente que la multa impuesta por la segunda infracción infringe el principio de proporcionalidad, pues en su opinión el informe pericial aportado acreditó que el margen obtenido por la empresa recurrente fue tan solo del 1,8%, debiendo remitirnos a las anteriores consideraciones de esta sentencia al resolver el motivo del recurso de casación referido a esta segunda infracción, en las que manteníamos que el abuso de posición de dominio se manifestaba no por la existencia de un mayor o menor beneficio por la realización de los trabajos, sino porque se trata de un cobro indebido en su totalidad.

En la determinación del importe de la multa por esta segunda infracción la resolución sancionadora aplicó el apartado 19 de la Comunicación, que señala que *"cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo"*, y si bien hemos considerado inaplicable la citada Comunicación para la cuantificación de las sanciones por las razones que se han expuesto, estimamos que este particular criterio de graduación es conforme a derecho, y ha sido asumido por la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la sentencia de 23 de marzo de 2005 (recurso 4777/2002), que señaló que: *«la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, (...). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del "principio de proporcionalidad" en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992.»*

Por tanto, al igual que hemos declarado en los casos resueltos por la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015, y en otras muchas posteriores, como las sentencias 16 de febrero de 2015 (recursos 940/2012 y 4182/2012) y 7 de noviembre de 2016 (recurso 1047/2016), en los que la CNC cuantificó el importe de las sanciones de acuerdo con los criterios de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, procede la estimación parcial del recurso contencioso administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada, únicamente en lo que se refiere al importe de las multas, por haber sido determinado a partir de un método de cálculo no ajustado a derecho, debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga las multas en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación del artículo 10 de la LDC de 1989, debidamente motivados, y los expresados en este Fundamento de Derecho, sobre el volumen de ventas de la empresa recurrente en el ejercicio 2011, sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de las multas que ahora se anulan.

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Ha lugar al presente recurso de casación número **323/2014**, interpuesto por la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica SLU, contra la sentencia de 15 de noviembre de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 119/2012, que anulamos.
2. Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica SLU, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de febrero de 2012 (expediente S/0211/09 Endesa Instalación), que anulamos en lo que se refiere al importe de las sanciones, ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), que determine el importe de las multas con aplicación de los criterios de graduación establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, debidamente motivados, y los expresados en el Fundamento de Derecho Decimosegundo de esta sentencia, sin que en la nueva resolución que se dicte puedan imponerse unas multas de cuantía superior a las de las multas que ahora se anulan.
3. Sin imposición de costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Luis María Díez-Picazo Giménez Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia



por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ