

Id Cendoj: 28079230062008100116
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 34 / 2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de abril de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, y bajo el número 34/2007, se tramita, a instancia de ENDESA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, S.L.U.,

representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia

de 14 de diciembre de 2006 (expediente 606/05), sobre abuso de posición dominante, en el que la Administración demandada ha

estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y en el que ha intervenido como parte codemandada la

Asociación de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y de Telecomunicaciones de Mallorca (ASINEM), representada por la

Procuradora Doña Paz Santamaría Zapata.

La cuantía del presente recurso es 900.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de ENDESA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, S.L.U. interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 5 de febrero de 2007, y la Sala, por providencia de fecha 5 de marzo de 2007, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación de la Asociación de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y de Telecomunicaciones de Mallorca (ASINEM) solicitó por escrito presentado el 13 de abril de 2007 ser tenida por parte en el presente recurso, y la Sala por providencia de 29 de mayo de 2007 tuvo a dicha Asociación por personada en condición de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma,

alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestó a la demanda la Asociación codemandada, que solicitó una sentencia desestimatoria del recurso con expresa imposición de costas a la recurrente.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y tras los escritos de conclusiones, se señaló el día 17 de abril de 2008 para deliberación y fallo en estos autos.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del TDC, de fecha 14 de diciembre de 2006, cuya parte dispositiva decía lo siguiente, en lo que interesa al presente recurso:

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una conducta prohibida por el *Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia*, por parte de ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., consistente en un 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.

SEGUNDO.- Imponer, por ello, a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., una multa de EUROS NOVECIENTOS MIL (€ 900.000).

TERCERO.- Intimar a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas.

CUARTO.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, en uno de los diarios de ámbito nacional y en uno de los diarios provinciales, distinto del anterior, en el plazo de dos meses. Publicación que se hará a expensas de ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) nulidad de pleno derecho de la Resolución del TDC al modificar los supuestos de hecho del Informe-Propuesta del SDC, provocando indefensión, 2) nulidad de la Resolución por contenido imposible, 3) la conducta de la empresa no tiene por objeto distorsionar la competencia, 4) la conducta de la empresa no tiene como efecto restringir la competencia, 5) supuesto, quod non, que la conducta de EDE pudiera reputarse abusiva, el TDC no habría acreditado la concurrencia del elemento subjetivo requerido en virtud del *artículo 10 LDC para sancionarla*, y 6) infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones y del *artículo 10 LDC*.

El Abogado del Estado contesta que la empresa recurrente es una empresa de distribución eléctrica que ejercita en régimen de monopolio una actividad regulada, la gestión de la red de distribución, y que admite que "se limita a comunicar" un presupuesto de ejecución de instalaciones de enganche y acometida, por lo que influye y distorsiona ese mercado conexo afectado. La parte codemandada contestó igualmente a la demanda, oponiéndose uno a uno a los argumentos de la parte actora y solicitó la desestimación del recurso con imposición de costas.

TERCERO.- Tratamos de las cuestiones que plantea la parte actora en el mismo orden en el que aparecen en la demanda.

Hemos de señalar en primer término que la Sala acepta y tiene aquí por reproducidos los hechos declarados probados por el TDC, que la parte actora no impugna ni niega, sin perjuicio de que considere que el expositivo fáctico de la Resolución impugnada describa los hechos de forma que la propia recurrente califica de "...muy confusa..."

No obstante, no existe ningún inconveniente ni contradicción con los hechos declarados probados en la Resolución del TDC, si aceptamos los siguientes puntos fácticos incluidos por la parte actora en su

demanda, que consideramos de interés para definir y delimitar el mercado de producto y geográfico a tener en cuenta en la resolución del presente recurso:

1) ENDESA DISTRIBUCION ejercita en régimen de monopolio la actividad regulada de gestión de la red de distribución eléctrica en la Isla de Mallorca, que es el ámbito geográfico que consideramos en este recurso. Como consecuencia de la titularidad de la gran mayoría de la red de distribución eléctrica de Mallorca, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha de proporcionar a todo nuevo usuario que lo requiera el adecuado punto de conexión a la red, en los términos reglamentariamente previstos.

2) ENDESA DISTRIBUCION solicita a los clientes que quieran disponer de un nuevo suministro eléctrico, o la ampliación de uno existente, que rellenen un impreso estándar en el que figuran los datos del cliente, instalador electricista, solicitante, localización del punto de suministro y otros detalles del suministro solicitado (estructuras, número, superficie, potencia, etc).

3) Para atender el suministro solicitado es necesario que el cliente, además de disponer de las correspondientes instalaciones interiores, ejecute otras actuaciones adicionales que permitan su conexión a la red de distribución. Estas actuaciones adicionales son: a) instalaciones de extensión, que unen el punto de conexión existente en la red y el punto de suministro del cliente (denominadas acometidas), y b) la operación final denominada de "enganche", que acopla la instalación receptora propiedad del usuario a la red eléctrica.

La conducta de ENDESA DISTRIBUCION que el TDC consideró contraria a la *ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)*, que más adelante analizaremos, se desarrolla en trabajos relacionados con las instalaciones de extensión (acometidas). Por el contrario, son ajenos al expediente sancionador los trabajos de enganche que realiza ENDESA DISTRIBUCION por exigencia reglamentaria, percibiendo por ellos los denominados "derechos de enganche".

4) Las instalaciones de extensión o acometidas, cuyo coste es por cuenta del usuario, tienen un distinto régimen de ejecución en el RD 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, en atención a la calificación del suelo. De acuerdo con el *artículo 45 del RD* indicado:

a) Si se trata de suelo urbano que tenga la calificación de solar y de suministros de baja tensión de potencia máxima de 50 kW o de alta tensión de potencia máxima de 250 kW, la realización de las infraestructuras eléctricas necesarias corresponde a ENDESA DISTRIBUCION, que percibirá por tales trabajos unos derechos de extensión.

b) En los demás casos, esto es, en solares cuando se solicite una potencia superior a la indicada, en suelo urbano no calificado de solar, en suelo urbanizable y en suelo no urbanizable, los trabajos de extensión pueden ser realizados por cualquier instalador habilitado libremente elegido por el usuario o consumidor de electricidad, de acuerdo con las condiciones reglamentarias y técnicas que el gestor de la red de distribución debe comunicarle.

Este mercado de los trabajos de extensión o acometida que no son de ejecución obligatoria por ENDESA DISTRIBUCION y que pueden ser realizados por cualquier instalador habilitado es el mercado de producto que tenemos en cuenta en el presente recurso. La definición del mercado se complementa, desde el punto de vista geográfico, con la referencia antes efectuada a la isla de Mallorca.

CUARTO.- Sostiene la parte actora que el TDC ha infringido el principio básico de todo procedimiento sancionador de no aceptar en la resolución hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, pues la Resolución del TDC no sólo rectifica la incorrecta delimitación del mercado conexo (valoración jurídica), sino que elimina como presupuesto fáctico de la imputación que las instalaciones objeto de la controversia no fueran instalaciones de la red de distribución.

La Sala considera sobre este punto que no existe una aceptación de hechos distinta por el SDC y por el TDC, y buena prueba de ello es que la Resolución del TDC transcribe en su Fundamento de Derecho Primero los hechos que el SDC incluyó en su Pliego de Concreción de Hechos (folios 323 a 332 del expediente) y que más tarde el mismo SDC reprodujo en su Informe Propuesta (folios 408 a 440 del expediente), divididos en 8 apartados más un Anexo 1 y manteniendo idéntica redacción.

Expone la parte actora, como ejemplo del cambio en la narración fáctica, que el SDC en un párrafo del Informe Propuesta (7º párrafo en folio 429 del expediente), indica que las instalaciones de distribución

son cosa distinta y separada de las instalaciones de conexión de estas a los usuarios y que es a estas últimas a las que se refiere el caso que ha dado lugar al expediente, cuando en realidad el expediente afecta a las instalaciones de extensión (en lugar de las instalaciones de conexión indicadas por el SDC).

Para la Sala, la utilización por el SDC de la expresión "instalaciones de conexión" en lugar de "instalaciones de extensión", no pasa de ser -en todo caso- un simple error de transcripción, que no tiene la trascendencia que le atribuye la parte recurrente, ni desde luego sirve de base para apreciar un cambio en los hechos tenidos en cuenta en la instrucción y en la posterior Resolución sancionadora.

En primer término, la utilización de la expresión "instalaciones de conexión" que cita la recurrente, ni siquiera aparece en el apartado de hechos (apartado II.5 en folios 418 a 420) o en el apartado de Mercado de Producto y Geográfico (apartado III en folios 423 a 425) del Informe Propuesta, que es donde el SDC narra su versión de los hechos y define el mercado afectado, sino en el apartado de Análisis de las alegaciones de Endesa al Pliego de Concreción de Hechos (apartado iii.2 en folios 428 a 438).

Pero, además, la lectura del extenso Informe Propuesta permite apreciar una descripción más que suficiente de unos hechos, que son los mismos que posteriormente el TDC tuvo en cuenta para la imposición de la sanción. Ya se ha dicho que los Hechos fijados por el SDC se reproducen en la Resolución del TDC, y además de ello, el SDC definió con precisión los mercados afectados y la conducta abusiva imputada, de manera que la empresa recurrente tuvo un conocimiento preciso para su defensa en la fase ante el TDC.

En particular, el SDC se refiere a dos mercados en los que interviene la empresa recurrente, el de distribución de energía eléctrica en la Isla de Mallorca, respecto de cuya definición no se plantea duda alguna, y el mercado relacionado con el suministro, que se define por el SDC como "...el de la realización de las instalaciones eléctricas necesarias para efectuar el mismo...", en el que interviene la empresa recurrente normalmente a través de empresas de instalación subcontratadas, siendo en este último en el que se produce la competencia con los instaladores eléctricos (folio 424).

La práctica de la empresa recurrente que el SDC examina y considera contraria a las normas de la competencia consiste en "...el aprovechamiento ...de la información a que tiene acceso en virtud de su posición de práctico monopolio en la distribución de energía eléctrica en la isla de Mallorca, lo que le permite ofertar la ejecución por sí misma de las instalaciones eléctricas necesarias para la acometida, entrando así en el mercado conexo de dichas instalaciones y desplazando a los instaladores electricistas..." (folio 439), actuación que el SDC considera contraria al *artículo 6 de la LDC*.

Los mismos mercados y conducta de la recurrente fueron los tenidos en cuenta en la Resolución sancionadora del TDC, por lo que la Sala no aprecia la infracción del procedimiento sancionador de aceptación de hechos distintos de los determinados en el curso del expediente.

QUINTO.- La parte recurrente considera que la Resolución impugnada se halla afecta de un vicio de imposibilidad de cumplimiento, que conlleva su nulidad, pues no describe en que consiste la práctica prohibida, más allá de la mención genérica de abuso de posición dominante.

La Sala no comparte el anterior razonamiento, pues la conducta constitutiva de la infracción, por la que ENDESA DISTRIBUCION resultó sancionada, y a la que se refiere la intimación al cese, está clara y nítidamente identificada y descrita en la Resolución impugnada, como también está razonada la calificación de dicha conducta como abusiva y contraria al *artículo 6 LDC*.

Dice el TDC en el Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución impugnada, una vez que en apartados anteriores han quedado fijados los hechos y los mercados afectados, que (folio 14) "...de esta forma, Endesa estaría abusando de su posición de dominio al ofertar el servicio de extensión y acometida de las instalaciones en el mismo momento que la Ley le obliga a suministrar la información técnica correspondiente al cliente...". Esa es, por tanto, la práctica que se sanciona, el ofrecimiento de la prestación servicios de extensión y acometida aprovechando su posición privilegiada en el mercado de suministro. Más adelante (folio 15), el TDC vuelve a referirse a la conducta de ENDESA que considera constitutiva de abuso de posición dominante, al recordar que la posición de la empresa recurrente como distribuidora de electricidad le obliga a ser especialmente cuidadoso en su actuar, cosa que no ha hecho, al aprovechar la oportunidad de informar a sus clientes de los requisitos técnicos necesarios para, en ese momento no inocuo en términos comerciales, "...presentar una oferta para la prestación de los servicios correspondientes..."

En conclusión sobre este punto, la Resolución impugnada describe con claridad la conducta de ENDESA DISTRIBUCION constitutiva del abuso de posición dominante y ordena el cese inmediato de la misma, sin que exista ninguna imposibilidad en el cumplimiento de esta orden que se derive de una falta de concreción.

SEXTO.- En tercer lugar alega la parte actora que su conducta no tiene por objeto distorsionar la competencia, y que cuando remite a usuarios y clientes un presupuesto de ejecución de instalaciones de extensión actúa bajo la cobertura e, incluso, en cumplimiento del *artículo 103.A del Real Decreto 1955/2000*, que le obliga a ello.

En los casos que delimita la parte actora en su demanda, esto es, cuando se trate de suelo urbano calificado de solar y la solicitud se refiera a suministros que superen la potencia antes indicada de 50 Kw de baja tensión o 250 kW de alta tensión, o cuando se trate de suelo no calificado como solar, cualquiera que sea la potencia solicitada, y a excepción de los casos en los que la empresa distribuidora considere que debe reservarse la ejecución de las instalaciones por razones de seguridad, las obras de extensión y acometida, esto es, las obras que unen el punto de conexión existente en la red y el punto de suministro del cliente, conforman un mercado abierto a la competencia y pueden encomendarse por el interesado o cliente a cualquier instalador habilitado de su libre elección.

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

Como subraya el Informe Propuesta del SDC (folio 426 del expediente), la clave del asunto (sic) está en determinar cuales son las condiciones técnico económicas que la empresa distribuidora tiene que comunicar a los clientes por imposición del *artículo 103.A del RD 1955/2000*, y la respuesta se encuentra en el mismo precepto, que aclara que las empresas distribuidoras facilitarán por escrito "...la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar...". Como observa el SDC, la obligación de la distribuidora consiste en comunicar los derechos de acometida correspondientes a la extensión, a cuya percepción está autorizada legalmente, así como las condiciones técnicas que debe reunir la instalación, pero lo que no recoge la norma reglamentaria citada es que la distribuidora tenga la facultad para ofertar la ejecución por si misma de los trabajos a realizar desde el punto de conexión hasta el punto de suministro, entrando así en el ámbito de actuación de los instaladores electricistas.

En el expediente obran las comunicaciones que remitía la empresa recurrente a los clientes, y en ellas se aprecia con nitidez la diferencia entre la remisión de las condiciones económico técnicas, o derechos de acometida a liquidar y el envío de un presupuesto completo de ejecución de las obras de extensión y acometida (folios 17, 56, 62, 64, 68, 70, 78, 80, 88, 90, 84 y 96 del expediente). En efecto, en estas comunicaciones se incorpora una oferta de ENDESA DISTRIBUCION al usuario en los términos siguientes:

...Deseamos informarle de los principales términos de nuestra oferta para la ejecución de las instalaciones a través de Endesa Distribución...(seguidamente se incluye "presupuesto instalación de extensión" y el IVA correspondiente)

...Adjuntamos detalle de este presupuesto, que incluye tanto la ejecución o modificación por parte de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. de las instalaciones de la red de distribución, como la tramitación administrativa para su puesta en servicio, y está condicionado a las autorizaciones y permisos que fueran necesarios.

Una vez obtenidas dichas autorizaciones administrativas, así como los permisos de terceros (tanto públicos como particulares), el plazo previsto de ejecución física de la obra será de 30 días hábiles...

La conducta abusiva contraria al *artículo 6.1.a) LDC* consiste, como sostienen el SDC y el TDC, en aprovecharse la empresa distribuidora recurrente de los datos conseguidos en virtud de su posición de monopolista en la distribución de la energía eléctrica en la isla de Mallorca, para introducirse mediante el envío de estas comunicaciones en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas desplazando a los instaladores electricistas.

Como recuerda el TDC en la Resolución impugnada, un operador dominante tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de las condiciones de competencia, y por tal razón la posición de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado del suministro de electricidad le obliga a ser especialmente cuidadosa en su actuación para no distorsionar la competencia en ese mercado de la distribución o en otros conexos, pero ENDESA DISTRIBUCION ha omitido ese deber de especial cuidado, al aprovechar su obligación legal de informar a los clientes de las condiciones técnicas económicas para presentar, en ese momento, una oferta de prestación de servicios en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión, lo que ha producido el efecto de distorsionar la competencia en este último mercado, como seguidamente comentaremos.

SÉPTIMO.- La parte actora, bajo el epígrafe de que su conducta no tiene como efecto restringir la competencia, indica que no puede deducirse el abuso del hecho del incremento de la cuota de la recurrente en el mercado de la realización de las obras de acometida y extensión.

En efecto, así es, pero ocurre que el hecho del abuso no se presume por el TDC del incremento de la cuota de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión, sino que el abuso, en la forma que antes se ha descrito de aprovechamiento de los datos conseguidos en el mercado de la distribución de energía eléctrica para introducirse, mediante el envío de ofertas de ejecución de obras, en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas de acometida y extensión, se considera directamente acreditado por las comunicaciones realizadas por la empresa recurrente, que obran en autos y que ya se han citado, así como por el propio reconocimiento de la recurrente.

De acuerdo con el cuadro Anexo 1 que incluye la Resolución impugnada, ha existido un importante aumento de cuota de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión de Mallorca, que ha pasado de una facturación de 1.386.000 euros en 2002, a 2.140.000 euros en 2003 (con un incremento del 54,4% respecto del ejercicio anterior) y a 4.263.000 euros en 2004 (con un incremento del 99,2% respecto del ejercicio anterior), si bien tal incremento no es el hecho base del que se deduce una conducta abusiva como sostiene la recurrente, sino el efecto apreciable en el mercado afectado de la conducta contraria a la competencia.

OCTAVO.- La parte actora alega que el TDC no ha acreditado la concurrencia del elemento subjetivo requerido para imponer la sanción, y que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a considerar que su intención fuera la de lesionar a sus competidores.

Sin embargo, la presencia del requisito de culpabilidad está suficientemente acreditada en la Resolución impugnada. El *artículo 10 LDC* establece que las sanciones que la norma establece serán impuestas a las empresas que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en sus *artículos 1, 6, ó 7*, y la Resolución impugnada aprecia una actuación negligente o carente de atención y de cuidado en la empresa actora.

Hemos indicado en apartados anteriores que la Resolución del TDC recuerda los deberes de especial atención y cuidado que tiene cualquier empresa que en un mercado disfrute de una posición dominante. En este sentido, y como resulta de la jurisprudencia del TJCE, recogida entre otras en las sentencias de 9 de noviembre de 1983 (asunto 322/81) y 16 de marzo de 2000 (asunto C 396/96, TJCE 2000\42), del hecho de que una empresa o entidad ostente una posición dominante en un determinado mercado resultan dos consideraciones: a) ostentar una posición dominante no es un hecho reprochable por si mismo, y b) sin embargo, incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en dicho mercado

Pues bien, el TDC aprecia (Fundamento Jurídico Tercero), como lo hace también esta Sala, que en la conducta que se ha acreditado en el expediente, ENDESA DISTRIBUCION no ha observado esos deberes de atención y cuidado en el mantenimiento de las condiciones de competencia, sino que ha aprovechado la oportunidad que le ofrece su posición privilegiada en el mercado del suministro eléctrico y la regulación reglamentaria del sector, para remitir unas ofertas de prestación de servicios en el mercado conexo de la instalación de acometida y extensión, lo que supone cuanto menos una omisión de la diligencia exigible derivada de su privilegiada posición de dominio.

NOVENO.- El *artículo 10 LDC* establece que:

"...1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los *artículos 1, 6 y 7*, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el *artículo 4.2*, multas de hasta 150.000.000

de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal..."

La sanción impuesta fue de 900.000 euros, equivalente a 149.747.400 pesetas, muy cercana por tanto a la cuantía de 150 millones de pesetas que el precepto contempla como cuantía límite, que puede ser incrementada en determinados casos.

La parte actora, a título subsidiario, alega falta de valoración y justificación a la hora de cuantificar la sanción económica impuesta, así como su desproporción. Añade también que la sanción excede del límite máximo autorizado por el *artículo 10.1 LDC*

En relación con esta última cuestión, señala la parte actora que de acuerdo con el *artículo 10 LDC*, el 10% del volumen de ventas se erige en el límite cuantitativo máximo para la determinación de la sanción, y que la sanción impuesta de 900.000 euros excede dicho límite del 10% de la facturación que obtuvo ENDESA DISTRIBUCION en la actividad de ejecución de instalaciones de acometida o extensión, que fue de 1.386.000 euros en 2002, 2.140.000 euros en 2003 y 4.263.000 euros en 2004.

Sin embargo, el *artículo 10 LDC* no establece el 10% del volumen de ventas como límite cuantitativo máximo de las multas. Según resulta del tenor literal del precepto, antes transcrito, el TDC puede imponer multas "...de hasta 150.000.000 de pesetas...", de forma que este es el límite máximo de las sanciones, sin que exista ninguna excepción que contemple un límite inferior, sino lo contrario, la única excepción prevista es la que permite al TDC incrementar dicha cuantía hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior.

Así lo entiende también el Tribunal Supremo, que ha señalado en sentencia de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007\911), que "...el límite del 10% del volumen de ventas opera no como restricción de aquella cuantía máxima, que sigue siendo de 150 millones de pesetas, sino de su posibilidad de incremento, que, aunque factible, tiene ese techo porcentual..."

Así pues, la referencia al 10% volumen del ventas puede emplearse para incrementar las multas por encima del límite de 150 millones de pesetas, pero en ningún caso permite reducir el citado límite de 150 millones de pesetas. Por tal razón no puede decirse, en el presente caso, que la multa impuesta haya superado el límite máximo establecido por el *artículo 10.1 LDC* para la cuantía de las sanciones.

DÉCIMO.- Las restantes alegaciones de la recurrente respecto del importe de la multa se refieren a la falta de valoración y justificación de la cuantificación, así como a su desproporción.

El TDC dedica el Fundamento Jurídico Cuarto de la Resolución impugnada a exponer las circunstancias que ha tenido en cuenta para cuantificar la sanción en 900.000 euros. Tales circunstancias fueron tres de los contemplados en el *artículo 10.2 LDC*, la modalidad y alcance de la infracción, la cuota de mercado y la duración de la restricción de la competencia, más otro criterio previsto en el *artículo 131.2 LRJPAC*, de forma que podrá estarse de acuerdo o no con la presencia de tales circunstancias, pero no puede compartirse la alegación de la recurrente de falta de valoración y justificación de los criterios seguidos para cuantificar la sanción. Incluso la propia demanda, contestando uno por uno los criterios que ponderó el TDC para fijar la cuantía de la sanción, demuestra que no hubo falta de motivación en este punto, sino que la Resolución impugnada expresó las razones tenidas en cuenta para fijar la cuantía de la multa y la parte actora tuvo de esta manera la oportunidad de conocer tales razones y de oponerse a ellas en este recurso contencioso administrativo.

La Sala considera acreditadas las circunstancias ponderadas por el TDC en la determinación de la sanción. El abuso de posición dominante es una práctica que el TDC ha reiteradamente considerado como especialmente dañina para la competencia, destacando en este caso la Resolución impugnada que ni siquiera cabe hablar de posición de dominio, sino que la posición de ENDESA DISTRIBUCION es de monopolio en el mercado de la distribución y que el abuso consiste en utilizar la posición privilegiada en dicho mercado para obtener una ventaja competitiva en otro mercado conexo. La cuota en el mercado en el que se desarrolla la conducta abusiva es de alrededor del 30%, con la circunstancia añadida de que se trata de la parte del mercado comercialmente más rentable, según muestra la evolución de la facturación de la recurrente, que en dos años pasó de 1.4 millones de euros a 4.3 millones de euros. Y la conducta infractora se prolongó durante al menos tres años: 2002, 2003 y 2004.

La parte actora alega también que el TDC ha tenido en cuenta para determinar el importe de la sanción el beneficio obtenido, que no es uno de los parámetros recogidos en el *artículo 10.2 LDC*. No obstante, el propio TDC explica que el criterio del beneficio obtenido está contemplado por el *artículo 131.2*

LRJPAC , que indica que "...el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulta más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas..."

El Tribunal Supremo confirma la procedencia de tener en cuenta como criterio de ponderación el beneficio obtenido por la conducta infractora, pues ha señalado, en sentencia de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003\3021) que el principio de que la comisión de la infracción no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) del *artículo 10.2 LDC* y corresponde a la naturaleza misma de la potestad sancionadora:

Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, 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, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (*artículo 10 apartado uno*). 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 otro lado, en la sentencia que acabamos de citar, el Tribunal Supremo también indica que la LDC otorga al TDC "...un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas...", máxime si se considera que las sanciones de la LDC no tienen una finalidad exclusivamente represiva, sino también otra disuasoria en defensa de los intereses públicos concretados en un funcionamiento concurrencial del mercado.

Por todo ello, a la vista de los cuatro criterios que el TDC ha tenido en cuenta para la cuantificación de la sanción, la Sala rechaza los argumentos de la actora sobre la falta de valoración y justificación y considera que la sanción es proporcionada y conforme a derecho.

UNDÉCIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ENDESA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, S.L.U., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de diciembre de 2006, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^º DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-