

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**Expte. VS/0211/09, ENDESA INSTALACIÓN****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 7 de febrero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017 (recurso 323/2014), por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2013 (recurso 119/2012), dictada como consecuencia del recurso interpuesto por ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L.U (ENDESA) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de febrero de 2012 (expediente S/0211/09, ENDESA INSTALACIÓN).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 21 de febrero de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0211/09, acordó:

“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€.

(...)"

2. Con fecha 21 de febrero de 2012 fue notificada a ENDESA la citada resolución (folio 115), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 119/2012). ENDESA solicitó la suspensión de la citada resolución, que fue concedida mediante auto de 7 de mayo de 2012.
3. Mediante sentencia de 15 de noviembre de 2013 (recurso 119/2012), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso interpuesto por ENDESA contra la resolución de 21 de febrero de 2012. Contra dicha sentencia, ENDESA interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo (323/201).
4. Con fecha 14 de julio de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de 15 de noviembre de 2013 de la Audiencia Nacional, en cuanto al dispositivo que concierne a la fijación de la sanción, ordenando a la CNMC la imposición de una multa en el porcentaje que resultase, atendidos los criterios legales de graduación del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de ENDESA en el año 2011.

Esta Comisión recibió testimonio de la sentencia el 28 de diciembre de 2017.

5. Con fechas 17 de mayo de 2011, 8 y 14 de febrero de 2012, la CNMC realizó requerimientos de información a ENDESA para que aportase datos acerca de su volumen de negocios (folios 4799, 6311 y 6356 del expte. S/0211/09).
6. Con fechas 3 de junio de 2011, 13 y 21 de febrero de 2012, ENDESA aportó la documentación solicitada (folios 4934, 6325 y 6379 del expte. S/0211/09) señalando lo siguiente:

- El volumen de negocios anual de ENDESA en todas las áreas geográficas en que opera (a excepción de la Isla de Mallorca), correspondiente a la ejecución de instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora por la normativa, en los ejercicios económicos 2001 a 2010, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, ascendió a 1.102.477.000 euros (folio 4934).
 - El volumen de negocios de ENDESA en relación con la ejecución de trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión de red a la red de distribución en todo el territorio español, según la información aportada por la propia interesada, entre el 18 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, fue de 8.158.000 euros (folio 6325).
 - El volumen de negocios de ENDESA en todas las áreas geográficas en que opera, a excepción de la Isla de Mallorca, correspondiente a la ejecución de instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora por la normativa, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 7 de diciembre de 2011, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, ascendió a 64.252.000 (folio 6379).
7. Según consta en la base de datos del Registro Mercantil el volumen de negocios total de ENDESA en el año 2011 fue de 2.492.092.000 (folio 219).
8. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 7 de febrero de 2019.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo

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

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución del Consejo de la CNC de 21 de febrero de 2012 acordó imponer a ENDESA dos multas de 14.967.960 euros y 8.158.000 euros por sendos abusos de posición de dominio. Contra esa resolución ENDESA interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 119/2012).

El recurso interpuesto fue inicialmente desestimado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de noviembre de 2013, frente a la cual ENDESA interpuso recurso de casación (recurso 323/2014).

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017 estima parcialmente y anula la resolución del Consejo de la CNC en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de las multas, por no ser ajustada a Derecho y ordena a la CNMC *“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”*.

La resolución de 21 de febrero de 2012 declaró a ENDESA responsable de dos infracciones de abuso de posición de dominio: una de ellas en aplicación del artículo 6 de la Ley 16/1989 y la otra del artículo 2 de la Ley 15/2007. El Tribunal Supremo confirmó ambas infracciones y ordenó a la CNMC la determinación del nuevo importe de la sanción con aplicación de los criterios de graduación establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989. Sin embargo, a pesar del tenor de su parte dispositiva, del análisis de la sentencia no cabe deducir que la segunda de las infracciones deba ser calificada conforme a la Ley 16/1989.

Sobre tales premisas, en esta resolución la Sala de Competencia procede a ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo conforme a los criterios de graduación de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 64 de la Ley 15/2007, dado que la enumeración que ambos hacen de los criterios de graduación no difieren en sustancia y pueden considerarse equivalentes.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 21 de febrero de 2012

Para la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo y la determinación de las nuevas multas correspondientes a ENDESA es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta empresa en la resolución de 21 de febrero de 2012 y que han sido confirmados por los tribunales.

En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución (confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta), cabe señalar que, de acuerdo con los resuelve primero y segundo de la resolución y los fundamentos de derecho cuarto y quinto, ENDESA ha incurrido en

sendos abusos de posición de dominio consistentes, de una parte, en una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 16/1989) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de las instalaciones no reservadas y, de otra parte, en una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por el cobro de la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución.

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de ambas sanciones.

Por lo que se refiere al abuso identificado en el fundamento de derecho cuarto de la resolución de 21 de febrero de 2012, el Consejo determinó la multa (en el fundamento de derecho sexto) sobre la base de los criterios siguientes:

- Mercado afectado. El mercado afectado queda delimitado como *“el mercado de instalaciones eléctricas no reservadas”*, si bien su alcance se centra fundamentalmente en aquellas zonas donde se despliega la red de ENDESA, esto es, en toda la red de distribución eléctrica de las comunidades autónomas de Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y en las provincias de Zaragoza, Teruel, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife. Como se deduce de los datos de facturación de ENDESA en instalaciones no reservadas, se trata de un negocio de cierta entidad económica. Ahora bien, hay que observar que se excluye de la conducta infractora imputada a ENDESA la actuación referida al ámbito geográfico de la Isla de Mallorca, ya que en la resolución 606/05 ASINEM/ENDESA se sancionó a ENDESA por la comisión de una conducta semejante en dicho territorio.
- Duración. Según la propia resolución de 2012, la conducta se ha extendido durante un periodo muy prolongado de tiempo, desde la entrada en vigor del Real Decreto 1955/2000, es decir, desde el 16 de enero de 2001 hasta, al menos, el 7 de diciembre de 2011.
- La naturaleza y alcance de la infracción. Se trata de una conducta que debe ser tipificada como *“infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.b, puesto que se trata de un abuso de posición de dominio practicado desde una situación de monopolio legal que detenta ENDESA en determinados mercados zonales de distribución”*.
- Efectos sobre los usuarios y otros competidores. La resolución sostiene que al *“remontarse la infracción en el tiempo tantos años es difícil establecer un contrafactual que ayude a cuantificar los efectos. No obstante, como se ha descrito en el Fundamento de Derecho Cuarto, todo indica que la conducta ha desplegado tales efectos. EDE ha elegido las instalaciones de mayor volumen y ha centrado en ellas su conducta para hacerse con una cuota de mercado por medios que no pueden considerarse una normal competencia. Los datos infravaloran los efectos de la práctica porque, como ya se ha dicho, están calculados sobre la base del total de solicitudes y no sobre las obras realmente ejecutadas y porque no están calculados en base a su volumen*

de negocio. Por otro lado, la actuación de EDE distorsiona la competencia en el mercado porque afecta a los incentivos a competir de los instaladores”.

- Importe básico de la sanción (IBS): El conjunto de circunstancias o criterios relevantes ex art. 10 de la Ley 16/1989 condujeron al Consejo a tomar como base de cálculo de la multa el 5% del volumen de ventas de ENDESA en el mercado de instalaciones no reservadas recogido en el Hecho Probado 7.e, ponderando el periodo de tiempo de la infracción. Ello se tradujo en un importe básico de la sanción de 14.967.960 €.
- Límite 10%: No aplicó, dado que la multa calculada no superaba el 10% del volumen de negocios total de ENDESA en 2011.

Por lo que se refiere al segundo abuso identificado, mediante el que ENDESA ha empleado su poder de mercado monopolístico para imponer el cobro de unas cantidades a las que no tenía derecho de acuerdo con el propio marco normativo, el Consejo determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Beneficio ilícito obtenido: Declaró el Consejo que en este caso era posible identificar la cuantía del beneficio ilícito obtenido, equivalente a las cantidades cobradas en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009. De acuerdo con el apartado 19 de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones, *"Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo."* En vista de ello, el Consejo determinó que el importe de la sanción debía corresponder al importe cobrado en concepto de entronque y conexión durante el periodo, que ascendió a 8.158.000€.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá realizarse de acuerdo con los criterios legales de graduación de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 64 de la Ley 15/2007.

Según lo dispuesto en el citado artículo 10 de la Ley 16/1989:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas 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 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.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
- b) La dimensión del mercado afectado.*
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*

- d) *El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
- e) *La duración de la restricción de la competencia.*
- f) *La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.*

3. [...]”.

Asimismo, el artículo 64 de la LDC dispone que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- “a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.*
- c) El alcance de la infracción.*
- d) La duración de la infracción.*
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.”*

Respecto a lo establecido en el artículo 63 de la LDC y siguiendo los razonamientos expuestos por la doctrina del Tribunal Supremo, iniciada en su sentencia de 29 de enero de 2015¹, debe tenerse en cuenta, en esencia, lo siguiente:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

¹ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

Estos razonamientos serían también aplicables respecto al artículo 10 de la Ley 16/1989, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017, en la que señala que *“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.”*

Añade además el TS en su sentencia, según se cita en la sentencia 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”.*

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados.

En este expediente se han identificado dos conductas infractoras distintas de las que es responsable ENDESA en virtud de la resolución de 21 de febrero de 2012, que ha confirmado la sentencia del Tribunal Supremo.

En ambos casos se trata de un abuso de posición de dominio practicado desde una situación de monopolio legal que detenta ENDESA en determinados mercados zonales de distribución.

A. Primera infracción

El abuso identificado en el fundamento cuarto de la resolución consiste en ofertar el servicio de extensión de las instalaciones no reservadas al distribuidor en el momento en que la ley le obliga a suministrar la información técnica al cliente. El abuso se manifestaría sobre el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas, partiendo de la posición de dominio que la infractora ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución.

Además, la resolución original aclara que en esta infracción se debe aplicar la Ley 16/1989:

“En casos como el presente, de acuerdo con el artículo 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos normas. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la ley 16/1989 para la empresa imputada, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta en cuanto a su calificación y sanción”.

El volumen de negocios total de ENDESA en el año 2011 fue de 2.492.092.000 euros (folio 219).

El porcentaje sancionador, que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de la entidad infractora, debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de conformidad con lo expuesto en la

resolución de 21 de febrero de 2012 (S/0211/09), siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado en esta infracción es el de instalaciones eléctricas no reservadas, mercado conexo al de redes de distribución donde ENDESA tiene posición de monopolio y que coincide con la red de distribución de ENDESA.

El volumen de negocios de ENDESA en todas las áreas geográficas (a excepción de la isla de Mallorca) correspondiente a la ejecución de instalaciones de extensión no reservadas entre el año 2001 y el 7 de diciembre de 2011 fue, de conformidad con la información aportada por la propia interesada, de 1.166.729.000 euros². Para los ejercicios en los que no se tiene facturación, se extrapola a partir de los datos del primer ejercicio disponible.

Su alcance se centra fundamentalmente en aquellas zonas donde se despliega la red de ENDESA, que es el total de la red de distribución eléctrica de las comunidades autónomas de Cataluña, Andalucía, Islas Baleares (excluida la Isla de Mallorca) y de las provincias de Zaragoza, Teruel, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife.

En cuanto a la duración de la conducta se ha extendido durante un periodo muy prolongado de tiempo, desde la entrada en vigor del RD 1955/2000, 16 de enero de 2001, hasta diciembre de 2011.

En cuanto a los efectos, el Consejo afirmó en la resolución original que al *“remontarse la infracción en el tiempo tantos años es difícil establecer un contrafactual que ayude a cuantificar los efectos. No obstante, como se ha descrito en el Fundamento de Derecho Cuarto, todo indica que la conducta ha desplegado tales efectos. EDE ha elegido las instalaciones de mayor volumen y ha centrado en ellas su conducta para hacerse con una cuota de mercado por medios que no pueden considerarse una normal competencia. Los datos infravaloran los efectos de la práctica porque, como ya se ha dicho, están calculados sobre la base del total de solicitudes y no sobre las obras realmente ejecutadas y porque no están calculados en base a su volumen de negocio. Por otro lado, la actuación de EDE distorsiona la competencia en el mercado porque afecta a los incentivos a competir de los instaladores”*.

Tal y como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017:

“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.

² Folios 4934 y 6379 del expediente S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN. La empresa asimismo puso de manifiesto la imposibilidad de facilitar datos relativos a los años 2001, 2002 y, en menor medida, 2003 por la operación durante dichos periodos de diferentes empresas distribuidoras independientes lo que imposibilita la recopilación de la información solicitada (folio 4933).

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. (...)

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”.

Siguiendo la citada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características del mercado, alcance, ámbito geográfico, duración y efectos de la conducta– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas. Se considera que el tipo sancionador total que corresponde aplicar a ENDESA es de un 5%.

Ahora bien, la utilización del volumen de negocios total (VNT) de la empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde en función de su conducta, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción. Para ello se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes³, y aplicarle un factor de disuasión.

En el caso de esta resolución, la sanción que correspondería aplicar a ENDESA en función de su volumen de negocios total es significativamente superior al valor de referencia de proporcionalidad estimado (75.000.000 euros), por lo que esa multa en euros no sería proporcionada a la efectiva dimensión de la infracción, y procede ajustarla hasta el mencionado valor de referencia.

No obstante, la sanción así determinada es superior a la originalmente impuesta, por lo que en aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius* debe imponerse la sanción original, que asciende a 14.967.960 euros.

³ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando resulta posible, los supuestos que se han asumido se fundamentan en datos de las propias empresas infractoras, o bien en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como las *ratios sectoriales de las sociedades no financieras* publicadas por el Banco de España (base RSE).

B. Segunda Infracción

La segunda infracción consiste en la utilización del poder de mercado monopolístico por parte de ENDESA para 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 la empresa no estaba habilitada por la normativa en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2009.

Se trata de una infracción del artículo 2 a) de la LDC que establece que el abuso podrá consistir en particular en: *“La imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”*.

El Consejo consideró *“que EDE venía obligada a no cobrar un precio y, valiéndose de su posición de monopolista absoluto sobre la red de distribución y siendo el único que podía prestar ese servicio imprescindible para realizar la conexión, ha obtenido por ello un beneficio que debe ser considerado ilícito. EDE ha cometido una infracción del artículo 2 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”*.

El porcentaje sancionador que debe aplicarse al volumen de negocios total de ENDESA por esta segunda infracción debe determinarse partiendo de los criterios de graduación previstos en la Ley, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 21 de febrero de 2012 (S/0211/09), siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este caso el Consejo declaró que era posible identificar el beneficio ilícito obtenido por la segunda conducta (art. 64.1.f), equivalente a las cantidades cobradas en concepto de entronque y conexión durante el periodo que comprende desde el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, que ascendió a 8.158.000 euros.

Siguiendo la referida doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de criterios de graduación permitiría concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de la infractora.

No obstante, cabe advertir que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta en el mismo expediente. La necesidad de compaginar la proporcionalidad de la sanción con el efecto disuasorio de la misma ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013), 16 de febrero de 2015 (recursos 940/2012 y 4182/2012) y 7 de noviembre de 2016 (recurso 1047/2016)).

En este supuesto el principio de proporcionalidad y la finalidad disuasoria de la multa deben adaptarse a las peculiaridades de las conductas, concretadas en este caso en dos infracciones. Como consecuencia de lo anterior, a la hora de cuantificar las sanciones de estas empresas, las circunstancias concurrentes en este expediente aconsejan ajustar la finalidad disuasoria de la multa que pueda corresponder a la empresa, a la multa previa que hubiera resultado de la anterior infracción también sancionada en esta resolución.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de garantizar el máximo respeto al principio de proporcionalidad, debe modularse la intensidad disuasoria de las sanciones adicionales correspondientes a las infracciones de menor alcance. Ello se ajusta a la práctica de la Comisión Europea, si tenemos en cuenta que, en su Decisión de 17 de diciembre de 2002, en el Asunto COMP/37667- Specialty Graphite, afirmó que procedía una reducción en una multa posterior, debido a que el efecto disuasorio se garantizaba ya con la primera multa:

“558 It follows that SGL is both in [name of infringements] and has relatively recently been imposed a significant fine by the Commission. The Commission considers that, in these particular circumstances, imposing the full amount of the fine does not appear necessary in order to ensure effective deterrence.”

En consecuencia, aunque el tipo sancionador total que correspondería aplicar a ENDESA, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de esta conducta, y su respectiva participación en ella, podría situarse en un 5% de su volumen de negocios total (VNT), al tratarse de la segunda infracción sancionada en un mismo expediente, y teniendo en cuenta la capacidad disuasoria de la sanción impuesta por la primera infracción, la Sala considera adecuado reducir el importe de la sanción que correspondería a un importe de 15.000.000 euros.

También en este caso la utilización del volumen de negocios total de la empresa como base para la aplicación del tipo sancionador total exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción. En este caso el beneficio ilícito es conocido de antemano por lo que no es necesario estimarlo, pero debe incrementarse por un factor para garantizar la disuasión. Como se ha dicho antes, el resultado es un valor de referencia de proporcionalidad que se compara con la sanción en euros derivada del tipo sancionador total que corresponde aplicar a la entidad infractora.

En este caso, el valor de referencia estimado para ENDESA está significativamente por encima del importe de la sanción, por lo que la multa de 15.000.000 euros no sería en absoluto desproporcionada respecto a la efectiva dimensión de la infracción.

No obstante, esta multa es superior a la originalmente impuesta, por lo que en aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius* debe imponerse la sanción original, que asciende a 8.158.000 euros.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017 (recurso 323/2014) relativa a la resolución de 21 de febrero de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (Expte. S/00211/09, ENDESA INSTALACIÓN), las siguientes multas:

- por la infracción de abuso de posición de dominio, consistente en impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de las instalaciones no reservadas, una sanción por importe de 14.967.960 euros.
- por la infracción de abuso de posición de dominio, consistente en el cobro por la ejecución de los trabajos de entronque y conexión de la instalación de extensión a la red de distribución, una sanción por importe de 8.158.960 euros.

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