CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

Dª. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
Dª. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 10 de julio de 2014

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha dictado esta Resolución en el expediente S/0446/12 ENDESA DISTRIBUCIÓN, incoado por la extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra ENDESA DISTRIBUCIÓN por supuesta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La incoación de este expediente deriva del conocimiento de la antigua Dirección de Investigación de dos Resoluciones del Director General de Industria del Gobierno de las Islas Baleares, de fechas 4 de febrero de 2010 y 8 de febrero de 2011, respectivamente, sobre reclamaciones presentadas contra ENDESA DISTRIBUCIÓN en relación con la aplicación de la normativa vigente a determinadas instalaciones de nueva extensión de red, en las que se hacía referencia a diversas reclamaciones de personas y entidades por el cobro de unas condiciones económicas más elevadas que los derechos de extensión vigentes a tal fecha, resolviéndose ordenar a ENDESA DISTRIBUCIÓN que procediese a corregir la situación.
2. Asimismo, la Dirección de Investigación tuvo conocimiento de la Resolución, de 28 de diciembre de 2011, del Defensor del Pueblo Andaluz y del informe, de 7

de octubre de 2011, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Junta de Andalucía, relativas a "prácticas abusivas de la Compañía Endesa en relación con los cobros realizados a particulares por las acometidas a redes eléctricas que precisan de una extensión de dicha red". En ellos se ponen de manifiesto las numerosas reclamaciones recibidas por la mencionada Dirección General contra ENDESA DISTRIBUCIÓN por la aplicación de lo dispuesto en la normativa en vigor en relación con las instalaciones de nueva extensión de red.

3. Con fecha 25 de octubre de 2012, tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía por el que daba traslado de la denuncia formulada por D. [XXX] contra ENDESA DISTRIBUCIÓN, por supuesta infracción del artículo 2 de la LDC.

4. El día 26 de noviembre de 2012, la extinta Dirección de Investigación, con objeto de determinar la existencia de indicios de infracción que justificaran la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, acordó llevar a cabo una información reservada, dentro de la cual realizó un requerimiento de información a ENDESA DISTRIBUCIÓN el 26 de noviembre de 2012 (folios 46 a 50), que fue contestado por la empresa el 14 de diciembre de 2012 (folios 58 a 1073).

5. El 20 de diciembre de 2012, la entonces Dirección de Investigación, considerando la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, la incoación de expediente sancionador S/0446/12 por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 2 de la LDC, consistente en el cobro indebido por la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red, en casos en los que correspondería a la empresa distribuidora asumir la ejecución de tales instalaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica (folios 1074 a 1076).

6. El 14 de enero de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de ENDESA DISTRIBUCIÓN en el que pone de manifiesto que no admite responsabilidad alguna en los hechos ni en las supuestas infracciones, y comunica su intención de presentar pruebas al respecto (folio 1094).

7. El 22 de febrero de 2013, la Dirección de Investigación remitió un requerimiento de información a ENDESA DISTRIBUCIÓN (folios 1095 a 1100), en el que se le pregunta sobre (i) el mecanismo utilizado para determinar la calificación de suelo de cada solicitud; (ii) la remisión a la CNC de copia de las 30 primeras solicitudes de nueva extensión de red para potencias de hasta 100 kW en baja tensión o 250 kW en alta tensión y (iii) que indicara, por años y desde la entrada en vigor del Real Decreto 222/2008, el número total de solicitudes de instalaciones de nueva extensión de red necesarias para atender a nuevos suministros o la ampliación de los existentes, recibidas para potencias inferiores a las mencionadas, y el número total de las anteriores en suelo

urbanizado según el Real Decreto Legislativo 2/2008. La respuesta a este requerimiento tuvo entrada el día 9 de abril de 2013 (folios 1110 a 1751 y 1764 a 1774).

8. Con fecha 14 de mayo de 2013, se efectuó un requerimiento de información a 41 ayuntamientos solicitando la calificación oficial del suelo de las direcciones correspondientes a las solicitudes de acometidas facilitadas por ENDESA DISTRIBUCIÓN en los anteriores requerimientos de información, en sus respectivos municipios (folios 1775 a 1981). Las contestaciones a este requerimiento tuvieron entrada en la CNC entre los días 22 de mayo de 2013 y 25 de octubre de 2013 (folios 1982 a 1992, 2012 a 2022, 2029 a 2034, 2040 a 2058, 2085 a 2106, 2126 a 2134, 2150 a 2153, 2185 a 2197, 2204 a 2252, 2254 a 2262 y 2308 a 2310).

9. El 24 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación remitió un requerimiento de información al denunciante Sr. [XXX] (folios 1993 a 1998), en el que le solicita el certificado municipal del suelo en que se ubica la vivienda objeto de denuncia, y se le requería información con objeto de clarificar el estado actual del suministro al que hacía referencia la denuncia. La contestación tiene entrada el día 5 de junio de 2013 (folios 2059 a 2084).

10. Asimismo, el 24 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación realiza nuevo requerimiento de información a ENDESA DISTRIBUCIÓN (folios 2004 a 2011), en el que pide (i) información sobre modelos de respuesta a solicitudes de suministro empleados por ENDESA DISTRIBUCIÓN y criterios de unos u otros; (ii) aclaración de por qué en algunas solicitudes, ENDESA DISTRIBUCIÓN no es quien ejecuta las obras de nueva extensión de red a su cargo y (iii) sobre el tipo de suministro “variante”, utilización y normativa aplicable, y por qué se utilizó dicho tipo de suministro en vez del “suministro provisional por obra” en la solicitud de suministro para obra cursada por el contratista de la obra del denunciante. La respuesta tuvo entrada en la Dirección de Investigación el día 11 de junio de 2013 (folios 2107 a 2125).

11. El día 8 de octubre de 2013, la actual Dirección de Competencia realizó un nuevo requerimiento de información a ENDESA (folios 2263 a 2268) preguntando sobre la normativa y criterios seguidos para determinar los casos en los que resultaba de aplicación la cesión de las instalaciones a la distribuidora y, en particular, en relación con la muestra de solicitudes previamente aportada, donde figuran viviendas unifamiliares, domicilios particulares, locales, etc. Con fecha 18 de octubre de 2013, tuvo entrada la contestación de ENDESA DISTRIBUCIÓN (folios 2291 a 2305).

12. Con fecha 10 y 25 de octubre de 2013, se incorpora al expediente documentación elaborada por la Dirección de Competencia incluyendo fotografías procedentes de Google maps, correspondientes a las direcciones de determinadas solicitudes de suministro aportadas por ENDESA (folios 2269 a 2290 y 2308 a 2311 respectivamente).

13. El 29 de octubre de 2013, la Dirección de Competencia solicitó a la Dirección de Energía de la CNMC que facilitara las cuotas de ENDESA DISTRIBUCIÓN en el mercado de distribución de electricidad, a nivel nacional y autonómico, así como documentación explicativa de la metodología de cálculo de la retribución a la inversión de las distribuidoras de electricidad (folio 2311). Con fecha 6 de noviembre de 2013, tuvo entrada contestación a la solicitud (folios 2316 a 2489).
14. Con fecha 8 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC formuló Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH) (folios 2490 a 2548). Con fecha 26 de noviembre de 2013, tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones al PCH del Sr. [XXX] (folios 2814 a 28432) y el día 29 de noviembre el de ENDESA DISTRIBUCIÓN.
15. El 3 de diciembre de 2013, la Dirección de Competencia de la CNMC, solicitó a la Dirección de Energía de la CNMC "Informes anuales de cálculo de retribuciones de la actividad de distribución de electricidad, correspondiente a los años 2009 a 2012" (folio 3381). La información se recibió el día 9 de diciembre (folios 3382 a 3990).
16. El 10 de diciembre de 2013, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la instrucción (folio 3991) y el 26 de diciembre de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia emitió Propuesta de Resolución (folios 4087.1.1 a 4087.1.105).
17. Con fecha 13 de enero de 2014, tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de [XXX] (folios 4310 a 4312) y el 20 de enero de 2013 el de ENDESA DISTRIBUCIÓN (folios 4313 a 4593).
18. Con fecha 20 de enero de 2013, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, se eleva por la Dirección de Competencia de la CNMC Informe y Propuesta de Resolución y se remite el expediente para resolución del Consejo.
19. La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC emitió informe favorable en su reunión del día 3 de julio de 2014.
20. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 10 de julio de 2014.
21. Son interesados:
    - ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.
    - D. [XXX]

HECHOS PROBADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos acreditados estimados por la Dirección de Competencia de la CNMC a partir de la instrucción que inició y llevó a cabo la extinta Dirección de Investigación y, posteriormente, la Dirección de Competencia y que se transcriben a continuación.

I. LAS PARTES

1. Endesa Distribución Eléctrica S.L (ENDESA DISTRIBUCIÓN)

ENDESA DISTRIBUCIÓN es una empresa del Grupo Endesa que, a su vez, se integra en Enel Energy Europe (ENEL), que posee el 92% de su capital. Su objeto social es el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica.

2. D. [XXX]

Particular que presenta denuncia ante la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía contra ENDESA DISTRIBUCIÓN, por sus actuaciones ante la solicitud de suministro eléctrico para una vivienda ubicada en Granada, que requería la ejecución de una acometida. La vivienda, que había contado con suministro eléctrico en la antigüedad, había sido demolida y se iba a proceder a la construcción de una nueva vivienda, de características similares.

II. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

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

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

En los párrafos (22) y siguientes del PCH, la Dirección de Competencia toma como referencia, en relación con la actividad objeto del presente expediente, el marco normativo vigente durante la instrucción y la realización de las conductas, esto es, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica, y el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte distribución,

comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Estas normas han sido derogadas (del Real Decreto 1955/2000 sólo se han derogado los artículos 44, 45, 47, 49, 50 y 51) por la nueva LSE y por el Real Decreto 1048/2013 si bien, en los aspectos considerados en el presente expediente, la nueva normativa no ha modificado el sentido de la normativa derogada.

Así, el actual artículo 38.1 de la LSE, de forma muy similar al anterior artículo 39.1 de la Ley 54/1997, define la actividad de distribución como la transmisión de energía eléctrica con el fin último de suministrarla a los consumidores. Según el artículo 6 de la LSE, y el anterior artículo 9 de la Ley 54/1997, los distribuidores "*son aquellas sociedades mercantiles o cooperativas de consumidores que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo*".

De acuerdo con el artículo 38 de la LSE –antiguo 39 de la Ley 54/1997-, los distribuidores son los gestores de las redes de distribución que operen. Como gestores de las redes son responsables de la explotación, el mantenimiento y el desarrollo de su red de distribución, así como, en su caso, de sus interconexiones con otras redes, y de garantizar que su red tenga capacidad para asumir, a largo plazo, una demanda razonable de distribución de electricidad.

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

El artículo 12 de la LSE establece la separación de actividades (anterior artículo 14 de la Ley 54/1997). Así, se determina que las sociedades mercantiles que desarrollen actividades de transporte, distribución y operación del sistema deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades. No obstante, se permite que un grupo de sociedades desarrolle actividades incompatibles, siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes que cumplan una serie de criterios de independencia.

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

En relación con ello, el artículo 39.1 de la LSE (antiguo artículo 40 de la Ley 54/1997) establece que estarán sujetas a autorización administrativa la

construcción, modificación, explotación y transmisión y cierre de las instalaciones de distribución de energía eléctrica, con independencia de su destino o uso. El apartado 2 del mencionado artículo dispone asimismo que la autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso, se otorgará atendiendo tanto al carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la distribución eléctrica, como al criterio de menor coste posible, propio de toda actividad con retribución regulada, y evitando el perjuicio a los titulares de redes ya establecidas obligadas a atender los nuevos suministros que se soliciten.

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

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

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

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

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

- Extensión natural de la red: refuerzos o adecuaciones de las instalaciones de distribución existentes a las que se conecten las infraestructuras necesarias para atender los nuevos suministros o la ampliación de los existentes, que respondan al crecimiento vegetativo de la demanda. Dichas infraestructuras deben ser realizadas y costeadas por la empresa de distribución responsable de las mismas en la zona y se reconocen en la retribución correspondiente a cada distribuidor.
- Instalaciones de nueva extensión de red: instalaciones o infraestructuras de red necesarias para la atención de solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, que no respondan a crecimientos vegetativos

de la demanda, desde la red de distribución existente hasta el primer elemento propiedad del solicitante. Dentro de las instalaciones de nueva extensión de red, se distinguen dos categorías:

- ✓ Las instalaciones de nueva extensión de red necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta 100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión, en suelo urbanizado que con carácter previo a la necesidad de suministro eléctrico cuente con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística, serán realizadas por la empresa distribuidora de la zona, dando lugar a la aplicación de los correspondientes derechos de extensión siempre que no estén incluidas dentro de un plan de inversión.
- ✓ Para el resto de instalaciones de nueva extensión necesarias para atender las solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, el coste será por cuenta de sus solicitantes, sin que proceda el cobro de derechos de extensión.

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

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

Las cantidades a pagar por los derechos de acometida han de ser fijadas por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla dentro de un margen del +/- 5% de los derechos establecidos en la orden ministerial que fije el régimen económico de tales derechos.

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

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

eléctrica a partir de 1 de enero de 2007. Los valores establecidos en una y otra normativa para las instalaciones en baja tensión son los siguientes:

TABLA 1: DERECHOS DE ACOMETIDA Y DEMÁS ACTUACIONES	
Orden ITC/3519/2009	
1. Derechos de extensión	*17,374714 €/kW*
2. Derechos de acceso	*19,703137 €/kW*
3. Derechos de supervisión de instalaciones cedidas	*101,52 €/actuación*
4. Derechos de enganche	*9,044760 €/actuación*
Real Decreto 1634/2006	
1. Derechos de extensión	*16,594746 €/kW*
2. Derechos de acceso	*18,818644 €/kW*
3. Derechos de supervisión de instalaciones cedidas	*7,652062 €/consumidor*
4. Derechos de enganche	*8,638732 €/consumidor*

Fuente: Elaboración propia, a partir de normativa publicada

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

a) El entronque y conexión a la red de distribución,

b) La adecuación, ampliación, mejora o modificación de la red en servicio de la distribuidora.

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

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

E indica la Dirección de Competencia que, si bien esta precisión fue incorporada al Real Decreto 222/2008 con motivo de la modificación efectuada en 2011, ya la extinta CNE se había pronunciado con anterioridad en este mismo sentido. Respecto a las personas que pueden realizar dichos trabajos, el citado informe de

la CNE es claro: "*si bien la normativa vigente no establece el concreto sujeto que debe realizar la adecuación de la instalación existente, entiende esta Comisión que dicha adecuación debería ser realizada por la empresa titular de la instalación, previo acuerdo con el solicitante en cuanto a los costes de dicha adecuación*."[1]

Respecto al coste, la regulación no establecía claramente la parte que debía asumir el coste lo que fue motivo de, al menos, una consulta a la antigua CNE[2], que se pronunció en el siguiente sentido:

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

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

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

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

La tabla siguiente indica el sujeto sobre el que recae la ejecución de las instalaciones en cada uno de los casos, así como el coste que, en su caso, habría de asumir el solicitante.

[1] Informe CNE sobre las consultas planteadas por Endesa Red, S.A. sobre conflictos en algunos territorios de la Comunidad Autónoma de Canarias. Aprobado por el Consejo de Administración el 11 de mayo de 2006

[2] Ibídem

	TABLA 2: EJECUCIÓN Y COSTE DE LAS ACTUACIONES			
	Instalaciones <100 kW BT ó <250kW AT en terreno urbanizado		Resto de instalaciones	
	Ejecución	Coste para el consumidor	Ejecución	Coste para el consumidor
1. Instalaciones de extensión (acometidas)	Distribuidora	Derechos de extensión	Solicitante	Presupuesto libre
2. Enganche	Distribuidora	Derechos de enganche	Distribuidora	Derechos de enganche
3. Entronque y conexión	Distribuidora	NULO	Distribuidora	NULO
4. Refuerzo y adecuación de redes existentes	Distribuidora	NULO	Distribuidora	Presupuesto libre

Fuente: Elaboración propia

3. Legislación urbanística

Tal como indica la Dirección de Competencia en los párrafos (55) y siguientes del PCH, la normativa sectorial (entonces el Real Decreto 222/2008 y, actualmente, el Real Decreto 1048/2013) se remite a la legislación urbanística a la hora de definir las dotaciones y servicios con que deben contar los terrenos en los que se ubiquen los nuevos suministros o ampliaciones de los existentes, de cara a determinar su carácter urbanizado. En particular, se hace referencia al artículo 12.3 del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

Este artículo fue objeto de modificación a través del apartado 7 de la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, no obstante su redacción previa, vigente durante el período de las actuaciones objeto del presente expediente (2009-2012), establecía que:

> *"3. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.*
>
> *Al establecer las dotaciones y los servicios a que se refiere el párrafo anterior, la legislación urbanística podrá considerar las peculiaridades de los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural."*

Indica la Dirección de Competencia que, mientras que el Real Decreto 222/2008 (igual que el actual Real Decreto 1048/2013) hacía referencia a "suelo urbanizado", el Real Decreto 1955/2000 hacía referencia a "suelo urbano con condición de solar". Y, de la misma forma, en las legislaciones de diversas Comunidades Autónomas aún se sigue calificando el suelo como urbano común o consolidado o como suelo urbano con o sin condición de solar, en consonancia con la normativa estatal precedente.

La Dirección de Competencia, teniendo en cuenta diversos pronunciamientos del Defensor del Pueblo y del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y por las propias clasificaciones de los suelos incluidos en las leyes de las Comunidades Autónomas, entiende como equivalentes, a efectos del cumplimiento del artículo 12.3 del texto refundido de la Ley del Suelo, los conceptos de suelo urbanizado, urbano consolidado y urbano con condición de solar.

Respecto a los criterios establecidos por las diferentes legislaciones autonómicas en relación a lo que cada una de ellas entiende por "*dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística*", en general todas incluyen: acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en condiciones de pleno servicio. Y así queda de manifiesto en la concreta legislación autonómica de las Comunidades Autónomas en las que se ubican las solicitudes que son analizadas en el presente expediente y que se exponen de forma detallada en los párrafos (60) a (63) del PCH (normativa aplicable de Cataluña, Andalucía, Aragón y Canarias).

4. Cesión de instalaciones a la distribuidora

En los párrafos (64) y siguientes del PCH, la Dirección de Competencia incluye las disposiciones relacionadas con la cesión de las instalaciones de distribución.

Así, el artículo 39.3 de la LSE (al igual que el anterior artículo 41.1 apartado b) de la Ley 54/1997) establece que *"Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad del suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros".*

Asimismo, se establece (artículo 42.4 de la LSE y anterior artículo 43.3 de la Ley 5471997) que la apertura a terceros del uso de la red exigirá su venta, cesión o aportación a la empresa transportista o la empresa distribuidora de la zona de forma que dicha red quede integrada en el sistema general (en la red de transporte o distribución respectivamente).

Por su parte, el artículo 38.2 del Real Decreto 1955/2000 establecía (al igual que lo hace el actualmente vigente artículo 4.1 del Real Decreto 1048/2013) que no formarán parte de las redes de distribución los transformadores de las centrales o grupos de generación, las instalaciones o elementos de conexión de dichas centrales a las redes de distribución, <u>las instalaciones de consumidores para su uso exclusivo</u>, ni las líneas directas.

Asimismo, en su artículo 45.6 se establecía que, *"A los efectos de los apartados anteriores, todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución, debiendo ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, quién responderá de la seguridad y calidad del suministro, pudiendo exigir el titular de la instalación la suscripción de un convenio de resarcimiento frente a terceros por una vigencia máxima de cinco años, quedando dicha infraestructura abierta al uso de dichos terceros.*

Las empresas distribuidoras a quienes hayan sido cedidas instalaciones destinadas a más de un consumidor deberán informar a la Dirección General de Política Energética y Minas, con carácter anual y durante el primer trimestre de cada año, de las instalaciones de distribución que han sido objeto de cesión y de las condiciones de la misma."

Finalmente, el artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008 (al igual que actualmente el artículo 25.5 del Real Decreto 1048/2013) determinaba que las instalaciones de nueva extensión de red que vayan a ser utilizadas por más de un consumidor y sean realizadas directamente por el solicitante, habrán de ser cedidas al distribuidor de la zona (…) que se responsabilizará desde ese momento de su operación y mantenimiento y seguridad y calidad de suministro.

Estos artículos establecen la posibilidad, asimismo, de que el titular de la instalación exija la suscripción de un convenio de resarcimiento frente a terceros, por una vigencia mínima de diez años, quedando la infraestructura abierta al uso de terceros. En este sentido, el artículo 10 del Real Decreto 222/2008 (y el 24.2 del Real Decreto 1048/2013 actualmente vigente), incorporaba como parte de los derechos de acometida, los derechos de supervisión de instalaciones cedidas, como la contraprestación económica a pagar a la distribuidora por la supervisión de trabajos y realización de pruebas y ensayos previos a la puesta en servicio, cuando los solicitantes opten por la ejecución directa y posterior cesión de las instalaciones.

Por su parte, el artículo 15 del Reglamento electrotécnico para baja tensión, aprobado por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, establece que "*se denomina acometida la parte de la instalación de la red de distribución, que alimenta la caja o cajas generales de protección o unidad funcional equivalente. La acometida será responsabilidad de la empresa suministradora, que asumirá la inspección y verificación final*" y que, "*las cajas generales de protección alojan elementos de protección de las líneas generales de alimentación y señalan el principio de la propiedad de las instalaciones de los usuarios*."

5. Retribución de la distribución eléctrica

La Dirección de Competencia, en los párrafos (74) a (79) del PCH, incluye las disposiciones reguladoras de la retribución de la actividad de distribución eléctrica bajo la legislación vigente hasta la aprobación de la nueva LSE en diciembre de 2013.

Así, el artículo 16.3 de la Ley 54/1997 establecía que "*la retribución de la actividad de distribución se establecerá reglamentariamente y permitirá fijar la retribución que haya de corresponder a cada sujeto atendiendo a los siguientes criterios: costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, energía circulada, modelo que caracterice las zonas de distribución, los incentivos que correspondan por la calidad del suministro y la reducción de las pérdidas, así como otros costes necesarios para desarrollar la actividad*."

Igualmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto 222/2008, el nivel de retribución de referencia para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución para cada empresa distribuidora había de calcularse como la suma de los tres conceptos siguientes (revisados además en base a unos incentivos y penalizaciones):

- ✓ Retribución a la inversión,
- ✓ Retribución por operación y mantenimiento de las instalaciones que gestione cada distribuidor,
- ✓ Retribución por otros costes necesarios para desarrollar la actividad de distribución *(costes de gestión comercial, planificación de las redes…).*

Por otra parte, el artículo 10.2 del Real Decreto 222/2008, establecía que el régimen económico de los derechos de acometida se calcula de forma que se asegure la recuperación de las inversiones y gastos en que incurran las empresas distribuidoras. Los ingresos por derechos de extensión, acceso y supervisión de instalaciones cedidas se considerarán, a todos los efectos, retribución de la actividad de distribución.

Las partidas anteriormente especificadas (la retribución de la actividad de distribución y los ingresos por acometidas) forman parte de los ingresos y costes liquidables del sistema eléctrico.

A la hora de determinar la retribución correspondiente a cada distribuidora, se toma en consideración tanto la inversión total incorporada al inmovilizado de cada empresa, como la inversión realmente soportada por cada distribuidora, a la luz de las auditorías de inversiones que han presentado. Es decir, que cada empresa será retribuida únicamente por las inversiones que ha ejecutado, en base a un valor promedio, siendo descontados los ingresos obtenidos de terceros, en concepto de derechos de acometida o de ingresos por ejecución de instalaciones cedidas a la distribuidora.

Todos estos aspectos están actualmente regulados en los artículos 14 y 40.3 de la LSE vigente y en el artículo 10.2 del Real Decreto 1048/2013 y, aunque la metodología de cálculo ha cambiado con la mencionada reforma normativa del sector eléctrico, los conceptos siguen siendo los mismos, como se ha indicado anteriormente.

III. CONDUCTAS DE ENDESA DISTRIBUCIÓN

ENDESA DISTRIBUCIÓN ha aportado información sobre el mecanismo utilizado para determinar la calificación de suelo de cada solicitud y las calificaciones efectuadas (folios 1110 a 1118 y 1764 a 1774). Asimismo, la empresa ha aportado una muestra de expedientes de solicitudes de nueva extensión de red para potencias inferiores a 100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión, correspondiente a los años 2009 a 2012 (folios 70 a 1073 y 1139 a 1751). En total

ha aportado 320 solicitudes, correspondiendo 80 a cada uno de los años analizados.

Con la información descrita aportada por la empresa, la Dirección de Competencia acredita, en los párrafos (80) a (195) del PCH, las siguientes conductas de Endesa Distribución:

1º) ENDESA DISTRIBUCIÓN determina si los terrenos cuentan con las dotaciones y servicios necesarios para establecer a quién corresponde la ejecución de las instalaciones de extensión de red, ante solicitudes de instalación de nuevo suministro o ampliación del existente.

Como indica la Dirección de Competencia, al ser preguntada acerca del procedimiento seguido ante una solicitud de instalación para atender a un nuevo suministro o ampliación de los existentes, ENDESA DISTRIBUCIÓN afirma que,

- "*Ante una petición de suministro, en relación con las condiciones del suelo, Endesa Distribución Eléctrica, S.L., unipersonal comprueba si la parcela en cuestión dispone de forma efectiva, como resultado del proceso urbanizador previo, de las infraestructuras correspondientes a los servicios urbanísticos básicos indicados: acceso rodado, acerado, abastecimiento y evacuación de aguas, alumbrado público, y en particular, infraestructuras de suministro de energía eléctrica de características adecuadas a las necesidades planteadas que permitan hacer efectivo el servicio mediante obras de conexión, es decir, la ejecución de la acometida que enlace las infraestructuras en funcionamiento con la parcela a suministrar*" (folio 1112).
- *"por ello, no se requiere a los solicitantes ni directamente a los ayuntamientos que informen sobre la calificación del suelo" (folio 2109).*
- *"Endesa Distribución no determina la calificación del suelo aplicable sino que, en estricto cumplimiento de la normativa sectorial eléctrica, así como de la normativa del suelo valora si el suelo cuenta con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística" (folio 1765).*

Por su parte, queda acreditado igualmente que la valoración general efectuada por ENDESA DISTRIBUCIÓN, de acuerdo a la información aportada, para aquellos terrenos que, a su entender, no estarían urbanizados, es escueta y genérica, "*Parcela que no cuenta con los servicios urbanísticos básicos. Precisa más obras que las de conexión a la red eléctrica*" y, en ocasiones, aporta una valoración adicional del tipo, "*Exterior a casco urbano*", "*parcela rústica*" o "*proyecto urbanizador*".

2º) ENDESA DISTRIBUCIÓN cobró cantidades superiores a los derechos de extensión regulados para la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red en casos en que habría correspondido a la distribuidora asumir su ejecución por encontrarse en terrenos urbanizados.

En los ejemplos representativos desarrollados por la Dirección de Competencia en los párrafos (84) y siguientes del PCH[3], resulta confirmado, a través de los propios ayuntamientos -y adicionalmente de las fotografías panorámicas aportadas por la Dirección de Competencia-, que se trata de terrenos urbanizados, dotados de forma efectiva de los servicios necesarios. En estos casos, habría correspondido a ENDESA DISTRIBUCIÓN haber asumido la ejecución de las instalaciones de nueva extensión de red si bien, en todos los escritos que fueron enviados a los solicitantes, se indicó que las instalaciones habrían de ser ejecutadas "*a cargo del solicitante*".

En cuanto a la ejecución, ENDESA DISTRIBUCIÓN determina en algunos casos ejecutar la instalación con el cobro de derechos de extensión por razones de seguridad y calidad y, en otros, propone al cliente ejecutarlas por un presupuesto determinado y en otros se desentiende de la ejecución de las instalaciones. Asimismo, en la mayor parte de los casos, se facilita un presupuesto para la ejecución de la totalidad de las instalaciones y en otros únicamente se presupuesta la ejecución de los trabajos que deben ser realizados por la distribuidora.

En todo caso, las cantidades presupuestadas y cobradas –de acuerdo con las facturaciones presentadas- por ENDESA DISTRIBUCIÓN para la ejecución de las instalaciones de nueva extensión de red, resultan muy superiores a las cantidades que habría cobrado en caso de haber aplicado los derechos de extensión vigentes.

La Dirección de Competencia pone de manifiesto, adicionalmente –párrafo (231) del PCH-, que prácticamente en todos los casos ENDESA DISTRIBUCIÓN indica al solicitante que, una vez ejecutadas las obras, estas deben ser cedidas a la empresa distribuidora, lo que procedería únicamente en líneas o acometidas necesarias para el suministro de varios consumidores. Y, sin embargo, no se aprecia que la empresa haya informado a los solicitantes de la posibilidad de suscribir un convenio de resarcimiento que le permita la recuperación de parte de los costes invertidos.

3º) ENDESA DISTRIBUCIÓN presupuestó cantidades superiores a los derechos de extensión regulados para la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red en casos en que habría correspondido a la distribuidora asumir su ejecución por encontrarse en terrenos urbanizados.

La Dirección de Competencia ha identificado otros casos similares a los anteriores[4] en los que al no constar factura o pago alguno por parte del solicitante, se desconoce la entidad que finalmente ejecutó las instalaciones de extensión de red (la distribuidora o un instalador autorizado), aunque en todos los casos las cantidades presupuestadas por la distribuidora superan a las que resultarían de aplicar los correspondientes derechos de extensión vigentes.

[3] Resumido en el Anexo I del PCH.
[4] Resumidos en el Anexo II del PCH.

En definitiva, considera la Dirección de Competencia que la información aportada por la empresa acredita que, en todos los casos, las cantidades presupuestas y cobradas por ENDESA DISTRIBUCIÓN resultan muy superiores a las cantidades que habría cobrado en caso de haber aplicado los derechos de extensión vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial y normativa aplicable.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley "*las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia […] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia […]"* y *"las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".*

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, 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 la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley de 15/2007 de 3 de julio".*

Adicionalmente, según el artículo 21.2 del citado Estatuto Orgánico, "*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, se solicitará informe preceptivo en los siguientes asuntos: a) Los previstos en los apartados b), c), d), e), f), y h) del apartado 1 […] del artículo 5 de la Ley 3/2013, cuando afecten a los sectores sujetos a supervisión*".

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

Por otro lado, conforme a lo expuesto en el acuerdo de la extinta Dirección de Investigación de 20 de diciembre de 2012, la incoación del procedimiento

sancionador contra ENDESA DISTRIBUCIÓN obedecía a la posible comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC, el cual dispone lo siguiente:

> *Artículo 2. Abuso de posición dominante*
>
> *1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*
>
> *2. El abuso podrá consistir, en particular, en:*
>
> > *a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*
> > *b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
> > *c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*
> > *d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
> > *e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.*
>
> *3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.*

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución y propuesta del órgano instructor.

Sobre la base de la propuesta que la Dirección de Competencia hace en su Informe y Propuesta de Resolución y las alegaciones realizadas por las partes interesadas a la misma, el Consejo de la CNMC deberá pronunciarse en la presente resolución acerca de si ENDESA DISTRIBUCIÓN ha abusado de su posición de dominio en el ámbito de sus redes de distribución al menos desde el año 2009, siendo por tanto responsable de una infracción tipificada en el artículo 2 de la LDC, tal y como señala la Dirección de Competencia.

De ser así esta conducta podría constituir una infracción muy grave según el artículo 62.4.b) de la LDC, en el que expresamente se señala que:

> *4. Son infracciones muy graves: […]*
>
> *b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1.c) de la LDC, las infracciones muy graves pueden ser sancionadas por el Consejo de la CNMC mediante la imposición de una sanción de hasta el 10% del volumen de negocios total de la

empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.

En primer lugar, y antes de cualquier otra discusión, la Dirección de Competencia verificó que ENDESA DISTRIBUCIÓN realmente ostentaba una posición de dominio en cada una de las zonas de distribución que gestionaba, determinada por la propia regulación del sector eléctrico que reconoce el carácter de monopolio natural de las redes de distribución de electricidad. Una vez confirmada dicha posición, la Dirección de Competencia consideró que se había producido una conducta abusiva de la misma por cuanto que ENDESA DISTRIBUCIÓN cobró y presupuestó cantidades superiores a los derechos de extensión regulados para la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red, en casos en que habría correspondido a la empresa distribuidora asumir su ejecución por encontrarse en terrenos urbanizados y a los precios regulados denominados derechos de extensión.

Para llegar a dicha conclusión la Dirección de Competencia tuvo en cuenta las 320 solicitudes que ENDESA DISTRIBUCIÓN le remitió como muestra representativa de las solicitudes de acometidas para potencias inferiores a 100 kW en baja tensión y a 250 kW en alta tensión, tramitadas por la distribuidora en el periodo 2009 a 2012.

Así, del examen de las mismas y atendiendo, por un lado, a la valoración que sobre los terrenos analizados habían efectuado los ayuntamientos respectivos, considerada por la Dirección de Competencia como la valoración oficial, por otro lado, a las indagaciones adicionales efectuadas por la Dirección de Competencia (mediante la cartografía catastral que facilita la Sede electrónica del catastro, que permite asimismo la identificación de los terrenos y edificaciones en aplicaciones cartográficas de internet como Google maps) y, por último, a la valoración efectuada por la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN, basada en la comprobación llevada a cabo por su personal, la Dirección de Competencia consideró que las instalaciones de nueva extensión de red analizadas se habrían ubicado en terrenos claramente urbanizados y dotados de forma efectiva de los servicios necesarios, por lo que la ejecución de las mismas tendría que haber corrido a cargo de la distribuidora, sin que ENDESA DISTRIBUCIÓN haya podido desvirtuar dicha afirmación. En este sentido, la Dirección de Competencia también se remite a lo dispuesto en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones eléctricas así como a los pronunciamientos de la extinta CNE.

Otro de los argumentos que refuerzan la opinión del órgano instructor de que ENDESA DISTRIBUCIÓN habría eludido su obligación de ejecutar las extensiones de red a su cargo en los casos en los que el solicitante realizó la obra con otro instalador, es el hecho de que, con posterioridad y a consecuencia de

ello, ENDESA DISTRIBUCIÓN se vio en la necesidad de obligar al solicitante a cederle las redes, una vez ejecutadas, con el objeto de restaurar la situación de propiedad de las instalaciones que está prevista en este tipo de terrenos. Asimismo también señala la Dirección de Competencia que el comportamiento de la distribuidora provoca un claro perjuicio al solicitante al haber tenido que abonar por las instalaciones cantidades muy superiores a las que les habrían correspondido en caso de que se hubieran aplicado los derechos de extensión vigentes.

Por todo ello la Dirección de Competencia considera que ENDESA DISTRIBUCIÓN habría abusado de su posición dominante al actuar al margen de sus clientes, aplicándoles de forma arbitraria la norma sectorial, determinando, en unos casos, ajustarse a ésta y ejecutar la instalación con el cobro de los derechos de extensión, en otros, optar por proponer al cliente la ejecución de la extensión, aunque cobrando un presupuesto distinto del que resultaría de la aplicación de los derechos de extensión y, en otros, desentenderse directamente de la ejecución de las instalaciones.

Por último la Dirección de Competencia cita como circunstancia agravante a la hora de determinar el importe de la multa la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, destacando en este sentido que ENDESA DISTRIBUCIÓN había sido objeto de expedientes sancionadores por conductas de carácter muy similar como las del expediente sancionador 606/05 ASINEM/Endesa o el S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN.

TERCERO.- Sobre el abuso de posición de dominio.

Tal y como hemos visto en el fundamento de derecho primero, el apartado 1 del artículo 2 de la LDC prohíbe "*la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*", haciendo referencia este mismo artículo, en su apartado 2.a), a que dicho abuso podría consistir, en particular, en "*la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*".

Así, es indubitado que el elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 2 de la LDC viene configurado por dos condiciones cumulativas, la de que el infractor ostente una posición de dominio en el mercado en el que desarrolla su actividad –aspecto que se analizará en el fundamento de derecho siguiente- y la de que su comportamiento sea abusivo de dicha posición –lo cual será examinado en el fundamento de derecho quinto.

El artículo 2 de la LDC menciona a título orientativo distintos comportamientos comerciales considerados abusivos, como el del citado apartado 2.a), si bien es doctrina constante que esta relación no constituye un catálogo cerrado de prácticas abusivas.

La jurisprudencia comunitaria y nacional conceptúa la posición de dominio como una posición de poder económico en un mercado determinado que permite al operador que la ostenta obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en la medida en que puede comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores (STJCE, de 14 de febrero de 1978, As. 27/76, United Brands).

En particular, el Tribunal Supremo (TS) ha definido el abuso de posición dominante como "*una modalidad singular de abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado*"[5].

Asimismo el TS ha puntualizado no obstante que "*no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva".* El TS exige, para que la conducta se pueda calificar de abusiva, que ésta carezca de una justificación económica objetiva y razonable: *"Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico"* e indica que podrá apreciarse esta carencia de justificación *"allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva*"[6].

A la luz de lo expuesto será necesario comprobar si ENDESA DISTRIBUCIÓN ostenta una posición de dominio en el mercado relevante a los efectos del presente expediente y, a continuación, si las prácticas descritas pueden ser calificadas de abusivas.

CUARTO.- Sobre la posición de dominio de ENDESA DISTRIBUCIÓN en el mercado relevante.

Según lo señalado, es necesario definir en primera instancia el mercado relevante en el que se desarrolla la conducta presuntamente infractora. Así, los párrafos

[5] Sentencia del TS, de 8 de mayo de 2003, Tándem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación nº 4495/1998, FD 12º.
[6] Sentencia del TS, de 8 de mayo de 2003, Tándem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación nº 4495/1998, FD 10º.

(52) a (54) del PCH distinguen dos mercados relevantes: el mercado de distribución de electricidad (en el que se enmarca la actividad de la distribuidora bajo una situación de monopolio natural) y el mercado de instalaciones eléctricas. Se considera que el ámbito geográfico relevante de las redes de distribución viene delimitado por el área que abarcan las autorizaciones administrativas, que generalmente hacen referencia a términos municipales determinados y que coincide con la extensión de la red de ENDESA DISTRIBUCIÓN. Y el mercado de las instalaciones eléctricas no reservadas se considera de ámbito superior al regional. Si bien la conducta analizada es susceptible de producir efectos en el segundo de los mercados referidos (el de las instalaciones eléctricas), el mercado de referencia para el análisis de la conducta es el de la distribución eléctrica.

Así, los párrafos (200) a (203) del PCH señalan que las instalaciones de redes de distribución se autorizan sobre la premisa de un sistema de red única y monopolio natural, por lo que cada distribuidora desarrolla su actividad en régimen de exclusividad en el ámbito territorial correspondiente, de lo que resulta una evidente posición de dominio de ENDESA DISTRIBUCIÓN en cada una de las zonas de distribución que gestiona, determinada por la propia regulación del sector eléctrico que reconoce el carácter de monopolio natural de las redes de distribución de electricidad. La conducta aquí analizada tiene por objeto a las instalaciones reservadas a la distribuidora, por lo que la misma se enmarca inequívocamente en el mercado de la distribución eléctrica.

Esta delimitación de mercado y la constatación de la consiguiente posición de dominio es plenamente compartida por este Consejo y consistente a la vez con la realizada en otras Resoluciones del Consejo de la extinta CNC, como la de 20 de septiembre de 2011 en el expediente S/0089/08 Unión Fenosa Instalación, la de 8 de noviembre de 2011 en el expediente S/0003/07, E.On, la de 20 de septiembre de 2011 en el expediente 2795/07 Hidrocantábrico, o la de 21 de febrero de 2012 en el expediente S/0211/09 ENDESA INSTALACIÓN.

Así, en el fundamento de derecho primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013 la cual confirma el abuso de posición de dominio llevado a cabo por UNION FENOSA DISTRIBUCION SA, y declarado en la citada RCNC de 20 de septiembre de 2011 en el expediente S/0089/08, encontramos una explicación general de los mercados relevantes extrapolable al presente expediente:

> *"El abuso se considera cometido en el mercado conexo de instalaciones eléctricas que comprende la realización de las obras necesarias (acometida, enganche, conexión, etc.) para la conexión de la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales y dentro de ese mercado limitado a la ejecución de instalaciones "no reservadas al distribuidor" es decir aquellas que pueden ser realizadas por cualquier instalador y en las que el precio de estas tareas no está regulado, a diferencia de "las instalaciones reservadas al distribuidor" en las que el distribuidor viene obligado a su realización y el precio a satisfacer por los usuarios a los distribuidores está regulado (derechos de extensión, derechos de enganche, etc.). El mercado de instalaciones eléctricas es un*

> *mercado conexo al mercado de la distribución por cuanto el suministro físico de electricidad que se lleva a cabo a través de las redes de distribución requiere como prerrequisito la conexión a la red y por consiguiente la realización de instalaciones de conexión. El cliente debe realizar la solicitud de suministro al distribuidor, siendo el distribuidor quien conforme a la normativa vigente en el momento de los hechos tiene la obligación de facilitar los datos técnicos del punto de suministro al solicitante a los efectos que este pueda acudir a cualquier instalador que ejecute la instalación no reservada, así como detallar el importe de los derechos regulados a percibir por la distribuidora".*

Si en dicho supuesto, en el que la conducta afectaba a las instalaciones "no reservadas" al distribuidor, el mercado relevante para delimitar la posición de dominio de la empresa, era el de la distribución eléctrica, con mayor motivo debe ser así en el expediente que aquí se analiza. Así, a diferencia de aquel, las actuaciones de ENDESA DISTRIBUCIÓN objeto de análisis en el presente expediente se refieren a "instalaciones reservadas al distribuidor" y, por tanto, enmarcadas en el ámbito de la actividad de distribución, en las cuales resulta indiscutible la existencia de una posición de dominio de ENDESA DISTRIBUCIÓN.

QUINTO.- Sobre el carácter abusivo de la conducta.

Una vez confirmada la posición de dominio que ostenta ENDESA DISTRIBUCIÓN en el ámbito de sus redes, la cual no es rebatida por la propia distribuidora, debe analizarse si la conducta constituye o no un abuso de dicha posición, teniendo en cuenta que, tal y como en repetidas ocasiones ha manifestado el TJUE, a la empresa dominante le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas del mercado, como veremos con mayor amplitud en el Fundamento de Derecho Séptimo.

Como indica la Dirección de Competencia en los párrafos (220) y siguientes del PCH, la normativa sectorial (el *artículo 42 del Real Decreto 1955/2000)* exige que las redes de distribución sean dimensionadas con capacidad suficiente para atender la demanda teniendo en cuenta las previsiones de su crecimiento en la zona. E igualmente ha señalado la extinta CNE que, en los casos en que el suelo se encuentra urbanizado, "*debería existir una infraestructura eléctrica que posibilitara la atención de dicho suministro, dado que una de las obligaciones de las empresas distribuidoras es el desarrollo de la red de distribución y por ello se les retribuye*"[7].

Es decir, que las redes de distribución han de dimensionarse de acuerdo a los planes urbanísticos previstos en cada zona y, por tanto, en la medida en que cualquier edificación que vaya a construirse ha de ajustarse a esos planes urbanísticos, debe entenderse que la infraestructura necesaria para atender a los nuevos suministros ya ha sido prevista en el dimensionamiento de las redes.

[7] Informe sobre las consultas planteadas por Endesa Red, S.A. sobre conflictos en algunos territorios de la Comunidad Autónoma de Canarias. Aprobado por el Consejo de Administración el 11 de mayo de 2006.

Así, hay que tener en cuenta en primer lugar que las valoraciones efectuadas por la distribuidora a la hora de determinar si los terrenos cuentan o no con las dotaciones exigibles -que, por otra parte, necesariamente han de diferir de unas localidades a otras-, resultan escuetas y genéricas ("*Parcela que no cuenta con los servicios urbanísticos básicos. Precisa más obras que las de conexión a la red eléctrica*") y, en todo caso, no se acompañan de documentación o informes que permitan sustentar la conclusión alcanzada.

Y, además, todas estas valoraciones son contrarias a la situación oficial de los terrenos según los propios ayuntamientos, y no únicamente a su carácter de urbano o no sino también en relación con las dotaciones efectivas de los servicios necesarios, incluso en supuestos en los que resulta indiscutible que se hallan absolutamente integrados en la malla urbana (solicitudes 385325 en el centro de Barcelona y 218877 en el centro de Santa Cruz de Tenerife). Asimismo, estas valoraciones son contrarias a los pronunciamientos de la extinta CNE como pone de manifiesto la Dirección de Competencia en los párrafos (227) y (229) del PCH.

A todo ello se une el hecho de que las cantidades presupuestadas y cobradas resultaban muy superiores a las cantidades en aplicación de los derechos de extensión vigentes y, en algunos supuestos, la imposición de la cesión de instalaciones en los casos en que ENDESA DISTRIBUCIÓN decidía no ejecutar las mismas, sin informar a los solicitantes de las posibilidades de firmar convenios de resarcimiento.

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

Asimismo, el Consejo comparte con la Dirección de Competencia que este comportamiento es un abuso de tipo explotativo que se ha podido realizar por la posición de dominio que detenta la empresa en el mercado de la distribución y que le permite actuar al margen de sus clientes. En efecto, el carácter de monopolio natural que la regulación otorga a la actividad de distribución de electricidad, confiere a las empresas distribuidoras de un poder de mercado indiscutible, sin competencia en el ámbito de sus redes, lo que deja al consumidor sin capacidad de influencia. Este desequilibrio entre las distintas fuerzas de mercado se suple con la regulación pero, si ésta se aplica de forma arbitraria en beneficio de la empresa distribuidora, el equilibrio se rompe en perjuicio del consumidor y del funcionamiento eficiente del mercado.

Y, como señala la Dirección de Competencia, esta conducta ha permitido a ENDESA DISTRIBUCIÓN apropiarse de parte de la renta de los consumidores,

bien directamente cobrando cantidades muy superiores a las establecidas reglamentariamente, bien indirectamente mediante el incremento de la rentabilidad asociada a sus inversiones efectuadas, exigiendo un pago al instalador por un importe superior al determinado en la normativa para la instalación realizada. Asimismo, en los supuestos en los que se ha trasladado al solicitante la carga económica de la ejecución y su posterior cesión, ENDESA DISTRIBUCIÓN se ha beneficiado de un incremento patrimonial al incorporar nuevas líneas a su activo sin coste y que podrán ser utilizadas para suministrar a más consumidores.

Así pues, el elemento esencial para que una conducta tenga encaje dentro del artículo 2 de la LDC es que sea efectivamente abusiva, aunque no responda a alguno de los supuestos señalados por la norma a título enunciativo. Si bien en este caso la conducta se debe enmarcar en el concepto genérico contenido en el primer párrafo del artículo 2 de la LDC, en el cual se establece que "*Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*", gozando efectivamente ENDESA DISTRIBUCIÓN de un poder de mercado monopolístico, el que se hayan impuesto por parte de la empresa distribuidora unos precios no equitativos a los clientes, permite afirmar que el comportamiento llevado a cabo por ENDESA DISTRIBUCIÓN presenta, además, características de un tipo específico de abuso explotativo, concretamente nos referimos a la práctica de precios excesivos.

En el ámbito nacional el principal precedente en materia de precios excesivos lo constituye el caso Canarias de Explosivos (Resolución del Consejo de la CNC de 12 de febrero de 2008, Expediente 626/07). La Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de diciembre de 2009, declaró que dicha resolución era ajustada a derecho y posteriormente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de mayo de 2013, desestimó el recurso de casación interpuesto por Canarias Explosivos contra dicha sentencia de la Audiencia Nacional.

En la Resolución de la CNC de 12 de febrero de 2008 se identificaban una serie de criterios para diferenciar aquellos precios que son abusivos de los que no lo son. Entre ellos encontramos los de tipo estructural que ayudan a reconocer aquellas situaciones en las que puede ocurrir que el mercado no tienda a corregir el carácter excesivo de los precios de un operador. En estos casos será más probable que los precios analizados tengan un carácter excesivo cuando provengan de un operador en situación de monopolio o de cuasi monopolio, protegido por elevadas barreras que impiden que los precios elevados provoquen la entrada de nuevos operadores en un plazo de tiempo razonable y existan factores que determinan una demanda relativamente inelástica. Pautas todas ellas que se cumplen en el caso de análisis, dado que ENDESA DISTRIBUCIÓN es una empresa en posición de monopolio en su zona de distribución, lo cual excluye, a su vez, la posibilidad de nuevos entrantes en el mercado de instalaciones reservadas al distribuidor. Además, la demanda en este mercado es

totalmente inelástica, pues se trata de un trabajo esencial para dotar de electricidad a la nueva instalación de extensión.

Junto a los criterios estructurales existen otro tipo, los denominados criterios de comparación. Como en múltiples ocasiones señaló el Consejo de la extinta CNC "*la doctrina nos dice que estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente* (Parágrafo 249, United Brands Company vs Commission)". La forma de determinar que un precio es abusivo por excesivo ha de ser por tanto por comparación con una referencia válida, citándose con carácter no exhaustivo varias alternativas para ello, como la referida a los costes del producto (a efectos de verificar si los márgenes son muy elevados), que pueden no ser de suyo concluyentes, o bien la comparación con otros precios del mismo producto en situaciones de competencia, o en otros mercados geográficos, o para otros períodos de tiempo.

Por lo que se refiere a estos últimos criterios, no son de aplicación al caso actual pues en el marco de las instalaciones reservadas la normativa establece para todos los distribuidores la obligación de asumir la ejecución a un precio determinado legalmente, que es el único que puede considerarse como equitativo. Recordemos que estamos hablando de una actividad retribuida por el propio sistema, que tratará de dotar de la mayor eficiencia posible al monopolio natural existente.

Una vez aplicado este conjunto de criterios que permiten discernir sobre el carácter abusivo de los precios aún debería dilucidarse si existe una justificación objetiva que pueda explicar la permanencia de los precios observados. En este sentido la Resolución de la CNC de 12 de febrero de 2008 antes citada establecía que "*No obstante, procede constatar su carácter abusivo analizando si existe una justificación objetiva para los precios observados. La justificación objetiva no puede tener exclusivamente como fundamento el excedente del productor. En toda conducta abusiva el operador dominante pretende obtener un mayor beneficio. La cuestión es que si lo hace valiéndose de su posición y con ello deteriora el bienestar de los consumidores y distorsiona el funcionamiento eficiente del mercado, estaremos ante un abuso. El mero beneficio de la empresa en ese caso no puede interpretarse como una justificación objetiva, sino como el abuso en sí mismo. En cambio, cuando ese mayor beneficio esté en el orden competitivo y no perjudique significativamente a los consumidores, la conducta podrá considerarse justificada y los precios no abusivos. Así, los precios inequitativos pueden justificarse por razones de demanda, como retribución a un esfuerzo inversor e innovación o desarrollo del producto, por razones de riesgo empresarial, porque el operador haya tenido que incurrir en unos elevados costes fijos que no se encuentren amortizados, por algún tipo de desventaja comparativa no imputable al operador o por la existencia de externalidades significativas*".

Los apartados 29 y 30 de la «*Comunicación de la Comisión, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*», son claros acerca de cuándo una conducta abusiva puede estar objetivamente justificada y no ser por tanto considerada infracción. Ahí, junto con la constatación de que cuando una conducta es objetivamente necesaria y proporcional debe dilucidarse basándose en factores ajenos a la empresa dominante –por ejemplo en aquellos casos relativos a razones de salud o seguridad del producto en cuestión en que son las autoridades públicas las que fijan las medidas oportunas y velan por el cumplimiento de las normas– se enumeran una serie de condiciones acumulativas que las conductas teóricamente justificadas deberán cumplir. En todo caso es la empresa dominante la que deberá demostrar, con un grado suficiente de probabilidad, y basándose en pruebas comprobables que dichas condiciones se cumplen (entre ellas la probabilidad de obtener eficiencias fruto de la conducta o precisamente el carácter imprescindible de dicha conducta para obtener las mismas, o que éstas superen cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores en los mercados afectados, así como que la conducta no elimine la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes).

Que la carga de la prueba en este ámbito incumbe a la empresa dominante es algo plenamente consolidado. Así la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 9 de septiembre de 2009 en el asunto T-301/04, Clearstream Banking AG V Comission, que a su vez se refiere a lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007 en el asunto T-201/04, Microsoft v Comission, manifestaba que *"aunque la carga de la prueba relativa a la existencia de las circunstancias constitutivas de una infracción del artículo 82 CE incumbe a la Comisión, corresponde, sin embargo, a la empresa en posición dominante, y no a la Comisión, en su caso, y antes de la conclusión del procedimiento administrativo, aducir una posible justificación objetiva y presentar, a este respecto, alegaciones y pruebas. A continuación, incumbe a la Comisión, si pretende declarar la existencia de un abuso de posición dominante, demostrar que las alegaciones y las pruebas invocadas por dicha empresa no pueden prevalecer y, en consecuencia, que no cabe acoger la justificación presentada"*.

Sin embargo en el presente caso, no sólo es que este Consejo considere que no existe justificación objetiva alguna a la conducta cometida, pues ninguna de las condiciones previamente citadas se cumple, es que llama la atención que ENDESA DISTRIBUCIÓN se limita a mencionar como justificación objetiva la correcta y escrupulosa aplicación de la normativa sectorial, cuando es justamente la elusión de sus obligaciones en esta aplicación arbitraria de la normativa la que constituye el abuso en sí mismo.

En conclusión, resulta evidente que, en el presente caso, ENDESA DISTRIBUCIÓN cobró y presupuestó cantidades muy superiores a las que le habría correspondido aplicar, por lo que tuvo unos ingresos que, de haber aplicado la normativa vigente con rigurosidad, no habría obtenido. Esto, no sólo genera una pérdida de bienestar para los consumidores que pagan más por un bien básico como es la electricidad, sino que, además, determinados consumidores se ven expulsados del mercado al no tener la capacidad adquisitiva suficiente como para hacer frente a presupuestos tan elevados.

Esta obtención de beneficios extraordinarios por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN es uno de los efectos que la actuación de la empresa distribuidora ha causado en el mercado, pero no es el único. El traslado de la carga económica de la ejecución de las redes desde la distribuidora a los particulares solicitantes junto con la posterior exigencia de cesión, le genera a ENDESA DISTRIBUCIÓN un incremento patrimonial, por cuanto incorpora a su activo las líneas cedidas sin haber incurrido en coste alguno.

Por todo ello, se considera que la conducta de ENDESA DISTRIBUCIÓN constituye, en definitiva, una conducta tipificada en el artículo 2 de la LDC y por lo tanto ilícita desde el punto de vista de la normativa de competencia, que provoca una pérdida de bienestar derivada del mayor precio que pagan los consumidores e incluso de la expulsión de aquellos con una menor capacidad adquisitiva.

Finalmente, recordando los razonamientos de la Dirección de Competencia, a modo de corolario, resulta preciso recordar que un abuso de esta naturaleza, no basado tanto en el incumplimiento explícito de la normativa sectorial sino en una interpretación abusiva de la misma, fue sancionada por el extinto Consejo de la CNC con una fundamentación similar, en el marco del expediente S/641/08, mediante Resolución de 2 de abril de 2009, pronunciamiento que ha sido confirmado por la jurisdicción contencioso-administrativa y que es firme. En el mencionado asunto se sancionó el comportamiento de ENDESA DISTRIBUCIÓN consistente en una interpretación abusiva del Real Decreto 1435/2002 en relación con el acceso a las comercializadoras a la información del SIPS, considerando que su interpretación de la norma contradecía el espíritu y los principios fundamentales de la LSE y de su normativa de desarrollo.

SEXTO.- Alegaciones de ENDESA DISTRIBUCIÓN a la propuesta de resolución.

En sus alegaciones a la PR de fecha 16 de enero de 2014, ENDESA DISTRIBUCIÓN reitera básicamente las que ya expuso en su escrito de alegaciones al PCH de 27 de noviembre de 2013, si bien utiliza argumentos adicionales para intentar rebatir la opinión de la Dirección de Competencia y propone la admisión de nuevas pruebas. En concreto, ENDESA presenta cinco

alegaciones que se pueden subsumir en las cuestiones que se recogen a continuación.

6.1. Sobre los hechos imputados.

ENDESA DISTRIBUCIÓN considera que la PR no acredita los hechos en los que la DC basa su imputación, y que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha cumplido estrictamente con las obligaciones que le imponía la normativa sectorial aplicable.

ENDESA DISTRIBUCIÓN entiende que una muestra tan poco representativa de casos -pues la Dirección de Competencia sólo ha considerado acreditada la existencia de un supuesto abuso en siete de ellos- no puede ser nunca acreditativa de una conducta infractora sino, a lo sumo, indicativa de meros errores humanos en la aplicación de una normativa que ya de por sí es poco precisa y en la que es muy necesario el estudio del caso concreto. Asimismo niega el argumento de la Dirección de Competencia de que esos siete casos sean únicamente *"algunos ejemplos representativos"* pues, tal y como establecen varias sentencias de la AN que cita, en materia sancionadora no cabe la analogía ni considerar hechos como probados al margen de juicios deductivos fundados sobre medios probatorios válidos.

Seguidamente ENDESA DISTRIBUCIÓN trata de justificar con carácter general por qué en todos los casos considerados por la PR correspondía a los solicitantes hacerse cargo de los costes ("a presupuesto"), dado que las solicitudes no reunían los requisitos exigibles para poder aplicarles los derechos de extensión regulados ("a baremo"), y hacerlo hubiera supuesto cargar al sistema con unos sobrecostes legalmente prohibidos. En este sentido entiende que la labor aplicativa de la norma que tienen atribuidas las distribuidoras de electricidad, esto es, decidir cuándo corresponde efectuar la obra "a baremo" y cuándo "a presupuesto", es una tarea de no poca dificultad, y de la que se deduce por la numerosa jurisprudencia existente ya aportada en parte por ENDESA DISTRIBUCIÓN, el carácter absolutamente casuístico de la problemática subyacente.

En relación a esta labor argumenta ENDESA DISTRIBUCIÓN que son equivocadas las premisas de las que parten el PCH y la PR en cuanto a: **(i)** la consideración de que los documentos municipales en los que se indica cuál es la clasificación urbanística de una parcela tienen alguna relevancia probatoria, a los efectos de acreditar la efectiva concurrencia de la situación básica de suelo urbanizado, pues tales documentos operan en un ámbito -el urbanístico- distinto del ámbito -preurbanístico- en el que se mueve la definición estatal de la situación básica de suelo urbanizado, de forma que del contenido de dichos documentos municipales no resulta ninguna presunción de efectiva concurrencia de tal situación. Así, entiende que es a la Dirección de Competencia a la que le

corresponde aportar pruebas de cargo idóneas acreditativas de dicha concurrencia; y **(ii)** la consideración de que, a efectos de que proceda la aplicación de los derechos de extensión, basta con que el suelo en el que se solicite el nuevo suministro esté en la situación básica de suelo urbanizado, obviando que el artículo 9.3, párrafo tercero, del RD 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica, alude, no a todos los supuestos en los que un suelo está en la situación básica de suelo urbanizado, sino solamente a uno de tales supuestos, que es el consistente en que la parcela cuente efectivamente con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística (no bastando con que pueda llegar a contar con ellos). Por ello ENDESA DISTRIBUCIÓN entiende que de aceptarse este criterio, dicho error viciaría de raíz el planteamiento de la Dirección de Competencia, toda vez que los documentos municipales en los que se afirma que una parcela se halla en la situación de suelo urbanizado conforme al artículo 12.3 del TRLS, no son suficientes para acreditar que concurre en la misma el supuesto concreto comprendido dentro de tal situación al que se refiere el RD 222/2008, y por lo tanto no generan una presunción que haya de ser desvirtuada por ENDESA DISTRIBUCIÓN. Es más, considera que es la Dirección de Competencia la que debe aportar una prueba de cargo suficiente y que ésta sencillamente no existe, como sí existe el material probatorio ya aportado por ENDESA DISTRIBUCIÓN, del que resulta indubitadamente que en los casos analizados por la Dirección de Competencia las parcelas afectadas no contaban en el momento de la solicitud con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística para que las correspondientes obras de instalación se cobraran "a baremo" y tampoco podían llegar a contar con dichas dotaciones y servicios sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

Continúa ENDESA DISTRIBUCIÓN, a lo largo de su primera alegación, intentando rebatir las afirmaciones que la Dirección de Competencia formula en la PR, entre ellas la referida a que cuando la pretensión de ampliación de la potencia se enmarque dentro de "*unos niveles de potencia medios*", procede la aplicación de derechos de extensión, ya que las redes de distribución "*habrían de estar preparadas*" para dicho suministro. ENDESA DISTRIBUCIÓN desmiente en cambio dicho criterio aportando documento que contiene la respuesta dada por el Director General de Política Energética y Minas con fecha 18 de marzo de 2011 a una consulta formulada por Endesa, S.A., de la que queda patente que no siempre dichas ampliaciones de potencia generan derechos de extensión sino que la cuestión dependerá de si han transcurrido o no los plazos de vigencia de los correspondientes derechos de acometida y, en caso afirmativo, del destino que efectivamente se haya dado a la potencia no utilizada.

Asimismo también se ocupa ENDESA DISTRIBUCIÓN, por un lado, de citar, a título de ejemplo, varias sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia en las que se observa la necesidad de probar que la

parcela objeto del nuevo suministro esté integrada de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, y por otro, de concluir que las fotos extraídas de Google Maps empleadas por la Dirección de Competencia son irrelevantes a los efectos de acreditar la situación dotacional y urbanística de los terrenos, pues en modo alguno cabe deducirse de la mera inspección visual de un terreno si las dotaciones y servicios con los que cuenta el mismo sirven de forma efectiva al uso que pretende darse a la instalación para la cual se solicita la extensión de la red.

Por último se ocupa en esta primera alegación de analizar de forma individual cada uno de los supuestos considerados acreditados por la Dirección de Competencia, concluyendo que en ninguno de ellos ha cometido la infracción que se le imputa. Se remite, en este sentido, a los Informes Periciales y restantes documentos que adjuntó en su escrito de alegaciones al PCH de 27 de noviembre de 2013, así como a otra nueva prueba documental que presenta anexa a sus alegaciones a la PR como es la Resolución de 24 de septiembre de 2013 del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, que entiende que es precedente aplicable por analogía a uno de los supuestos particulares analizados. En concreto de los siete casos en que supuestamente habría existido abuso por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN, atestigua que dos de ellos no se refieren a obras de extensión de red; otros dos se refieren a suministros ubicados en viales (no en parcelas, como exige el TRLS 2008 para poder tener la calificación de suelo urbanizado); en otros dos casos las leyes urbanísticas autonómicas aplicables impiden también la clasificación como suelo urbanizado de los terrenos en los que se ubican las correspondientes solicitudes y en el supuesto restante es el propio ayuntamiento el que reconoce la imposibilidad de certificar la capacidad de los servicios disponibles para atender al nuevo suministro y de calificar el terreno como urbanizado, por lo que afirma ENDESA DISTRIBUCIÓN que no se ha acreditado la premisa básica de la que parten tanto el artículo 9.3 del RD 222/2008 como el 12.3 del TRLS 2008 para que la solicitud de extensión de red deba atenderse a baremo. A similares consideraciones llega asimismo ENDESA DISTRIBUCIÓN en relación a los seis supuestos en los que la DC considera acreditado el envío por parte de ésta de un presupuesto por la ejecución de la obra de extensión de red solicitada no sujeto a los derechos de extensión supuestamente aplicables en atención al tipo de suelo considerado.

Pues bien, en relación con todas estas cuestiones ya planteadas por ENDESA DISTRIBUCIÓN en las alegaciones al PCH, el **Consejo** comparte los argumentos esgrimidos por la Dirección de Competencia y reflejados en la PR.

En particular, el Consejo no puede admitir el argumento de falta de acreditación de los hechos analizados por diversos motivos. En primer lugar porque, como puso de manifiesto la Dirección de Competencia, los casos presentados constituyen ejemplos representativos entre todos los casos analizados recogidos

en las tablas de los anexos al PCH. La Dirección de Competencia ha explicado de manera clara y extensa la selección de ejemplos –párrafos (217), (219), (235), (237) y (238) del PCH- que son los más completos disponiéndose de toda la secuencia (solicitud, respuesta, presupuesto y factura; en Anexo I del PCH). Existen, adicionalmente, muchos ejemplos más aportados por la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN, en los que ha quedado acreditado que la empresa aplicó la normativa de forma arbitraria, no aplicando los derechos de extensión, ya fuera presupuestando otras cantidades o indicando al solicitante que debía realizar la instalación a su costa (con otro instalador).Como se ha indicado, en el Anexo II se recogen por ejemplo casos en los que ENDESA DISTRIBUCIÓN presupuestó muy por encima de los derechos de extensión y, si bien no hay información sobre si finalmente la empresa ejecutó o no la obra, esta mera presupuestación incidiría o tendría aptitud para incidir sobre la decisión final del consumidor.

En segundo lugar, hay que dejar bien claro que los elementos probatorios diversos (en particular las calificaciones urbanísticas, certificaciones y otra información proporcionada por los ayuntamientos, e incluso las fotos de Google maps) aportados por la Dirección de Competencia mantienen su validez probatoria mientras ENDESA DISTRIBUCIÓN, a través de los medios de prueba a su alcance, no desvirtúe el contenido de las mismas explicando una situación distinta de la parcela o terreno objeto del nuevo suministro en cuanto a su integración de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Y es que, como indica la Dirección de Competencia -párrafo (36) de la PR-, cuando la zona ha sido calificada formalmente como suelo urbanizado corresponde a la compañía acreditar que esta calificación no es correcta. Así lo ha entendido la jurisprudencia y la extinta CNE, como se ha mencionado anteriormente.

En tercer lugar, tal interpretación es perfectamente compatible con el contenido del antiguo artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, al que alude ENDESA DISTRIBUCIÓN –y que considera que es obviado por la Dirección de Competencia-, ya que en este artículo lo que se contiene es simplemente una remisión a la normativa urbanística a efectos de determinar el suelo urbanizado que cuente con las dotaciones y servicios requeridos para ello por la legislación urbanística.

Incluso en los supuestos en que la calificación del suelo como urbanizable no se corresponda en la práctica, con las dotaciones y servicios requeridos, en ningún caso puede interpretarse que la norma atribuya a las empresas de distribución eléctrica la capacidad de determinar sin más, con independencia del marco de la legislación urbanística y su aplicación práctica, si el suelo urbanizado cuenta o no con las dotaciones y servicios requeridos, invirtiendo la carga de la prueba en el particular o en la Dirección de Competencia, sobre todo cuando las valoraciones y calificaciones de ENDESA DISTRIBUCIÓN, como se ha indicado en el apartado de hechos acreditados de esta Resolución, de acuerdo a la información aportada,

para aquellos terrenos que, a su entender, no estarían urbanizados, es escueta y genérica ("*Parcela que no cuenta con los servicios urbanísticos básicos. Precisa más obras que las de conexión a la red eléctrica*" y, en ocasiones, aporta una valoración adicional del tipo, "*Exterior a casco urbano*", "*parcela rústica*" o "*proyecto urbanizador*") y no permite determinar con claridad cuáles son las dotaciones y servicios requeridos que faltan.

Así, en el presente expediente, ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha aportado pruebas que permitan desvirtuar las calificaciones urbanísticas aportadas y declaraciones de los ayuntamientos sobre las dotaciones existentes en los casos concretos aquí considerados, que han sido además completados –como los propios informes periciales aportados por la empresa- con fotografías aportadas por el Registro Catastral en coordinación con Google maps. Y todo ello queda corroborado tras el análisis pormenorizado que la Dirección de Competencia hace a las alegaciones y dictámenes periciales aportados por ENDESA DISTRIBUCIÓN respecto a cada uno de los supuestos concretos analizados y que considera carecen de toda lógica a la vista de la restante información del expediente aportada también por la empresa (párrafo (172) de la PR).

En consecuencia, con la muestra representativa aportada por la Dirección de Competencia, ha quedado acreditado que, ante solicitudes en idénticas circunstancias de potencia y calificación del terreno, en unas ocasiones ENDESA DISTRIBUCIÓN ha aplicado la norma de forma rigurosa y, en otras, ha optado por no aplicarla, eludiendo sus obligaciones como empresa distribuidora, por lo que resulta evidente que el tratamiento que reciben los solicitantes es desigual y, por lo tanto, puede concluirse que se les están aplicando condiciones no equitativas, además de excesivas. Y, como indica la Dirección de Competencia, son multitud los casos que podrían ser objeto de comparación ya que, a efectos del presente expediente, una solicitud de nuevo suministro o ampliación de otro existente en terreno urbanizado y con los límites de potencia y tensión establecidos en la normativa, ha de ser objeto de idéntica respuesta por parte de la empresa distribuidora, esto es, la ejecución de las instalaciones necesarias con el cobro de los derechos de extensión correspondientes.

6.2. Inexistencia de incentivo económico.

ENDESA DISTRIBUCIÓN argumenta la inexistencia de incentivo económico alguno para ella que pudiera haber favorecido la comisión de la práctica que se le imputa, pues considera que su labor aplicativa de la normativa eléctrica, resolviendo quién ha de pagar el coste de las nuevas infraestructuras de red, genera decisiones neutras para ella por ser un mero instrumento al servicio del sistema. Se remite en esta alegación a los motivos que ya señaló en su escrito de alegaciones al PCH y cuestiona el criterio de la Dirección de Competencia en la PR para lo cual aporta nuevas pruebas (documentales públicas y privada, así como periciales), que en su opinión, ponen

de relieve el desconocimiento pormenorizado por parte de la Dirección de Competencia de la compleja normativa regulatoria sectorial aplicable y, en particular, del funcionamiento del mecanismo de retribución a las empresas distribuidoras arbitrado por la extinta CNE. Asimismo también aprecia que las omisiones y errores en las consideraciones realizadas por la Dirección de Competencia en la PR invalidan de plano la verosimilitud de las conclusiones alcanzadas y de los efectos que se predican de la presunta práctica identificada en una mínima parte de los casos analizados.

Así, expone que la PR ignora **(i)** que el marco retributivo de la actividad de distribución asegura la inexistencia de incentivo para que la distribuidora ejecute las obras de nueva extensión de red o de ampliación de las existentes, a baremo o a presupuesto, pues garantiza el reconocimiento íntegro de todas las inversiones prudentemente incurridas en actuaciones de extensión de red; **(ii)** que la retribución de ENDESA DISTRIBUCIÓN por las inversiones que realiza no se calcula en función de parámetros estándar ajenos a la realidad de la inversión, sino en función de datos reales de todos y cada uno de los nuevos suministros, de su potencia, ubicación con coordenadas y red existente cartográfica, asociados a las características físicas y técnicas de la instalación; y **(iii)** que los ingresos percibidos por la ejecución de obras financiadas por el solicitante son restadas posteriormente de la retribución de la distribuidora y que el importe a detraer de dicha retribución será mayor cuanto mayor sea el coste de la instalación, lo que elimina el supuesto incentivo a facturar a presupuesto las obras de mayor valor.

De otra parte, ENDESA DISTRIBUCIÓN alega que tampoco existe el supuesto beneficio ilícito que como consecuencia de su conducta la PR considera que obtiene. Dicho beneficio estaría integrado: **(i)** por la diferencia entre las cantidades cobradas por la ejecución de las instalaciones de extensión de red presupuestadas y ejecutadas (a precio de mercado) y las cantidades que le habrían correspondido como suma de los derechos de extensión y de la retribución por las inversiones, asumiendo para ello la PR que el importe con el que el sistema retribuye a las distribuidoras las obras correspondientes a nuevos suministros -al ponderarse a precios promedio- nunca alcanza a cubrir los costes de inversión efectivamente incurridos y **(ii)** por el posible beneficio financiero derivado del tiempo que media desde el cobro por la ejecución de la instalación hasta la liquidación de su retribución, habida cuenta de que la retribución por parte del sistema no se produce de forma inmediata. Todo ello, mediante la supuesta aplicación arbitraria de la normativa que le conduciría a llevar a cabo como extensiones o ampliaciones de red reguladas (esto es, al precio regulado fijado como derechos de extensión o "baremo") sólo aquellas en que la retribución promedio (esto es, la retribución que va a percibir la distribuidora por la inversión) iguala o supera la inversión realizada.

Para sustentar dichos argumentos ENDESA DISTRIBUCIÓN propone la admisión y práctica del informe pericial "*Análisis de los precios fijados por EDE Distribución*

en las instalaciones de nueva extensión de Red" elaborado por [la consultora económica], el cual considera que los precios aplicados por ENDESA DISTRIBUCIÓN en los supuestos de hecho considerados en el PCH no son excesivos en el sentido de la normativa de competencia y que ésta carece de incentivo económico para ejecutar obras de nueva extensión de red o de ampliación de las existentes conforme a los derechos de extensión regulados o conforme a presupuesto.

En relación con la conclusión de este informe sobre que los precios aplicados por ENDESA DISTRIBUCIÓN por la ejecución de instalaciones están a niveles de mercado -considerando que la cuota de la empresa en instalaciones no reservadas, del 11%, está muy por debajo del umbral de posición de dominio-, es algo que, como indicaba la Dirección de Competencia en el Informe y Propuesta de Resolución, no se ha puesto en entredicho en el presente expediente, donde sin embargo sí se han analizado pormenorizadamente, y se han rebatido a juicio de esta Sala, todos los informes periciales aportados por ENDESA DISTRIBUCIÓN en cada uno de los casos analizados por la Dirección de Competencia.

En relación con el argumento de la inexistencia de incentivo económico, junto con esta prueba pericial considerada, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha presentado un informe elaborado por [la consultora] que abunda en la argumentación relativa al carácter económicamente neutro que para la distribuidora tiene el ejecutar obras de nueva extensión de red o de ampliación de las existentes conforme a los derechos de extensión regulados o conforme a presupuesto, y la falta de incentivos para eludir la realización de determinadas obras conforme a los citados derechos de extensión. Hay que tener en cuenta, no obstante, que este informe se basa en una aplicación estricta de la normativa y analiza diferentes escenarios de financiación de las inversiones suponiendo que, cuando la acometida corresponde a la distribuidora ésta realiza la inversión y financia su coste y que, cuando la inversión corresponde al solicitante, puede realizarla la distribuidora repercutiendo el coste al solicitante o un instalador independiente repercutiendo el coste al solicitante y, en ambos casos, cediendo la instalación a la distribuidora. Sin embargo, como se ha argumentado previamente, lo que está bajo cuestión en este expediente es precisamente el paso previo, el de una aplicación incorrecta de la normativa que traslada al solicitante acometidas que corresponden a la distribuidora y es, precisamente, la aplicación no estricta de la normativa lo que elimina la neutralidad del sistema como se indica seguidamente. Siendo ésta la cuestión en entredicho tampoco procede en este expediente, como señala el informe de [la consultora] en una de sus conclusiones, entrar en consideraciones sobre quién debería soportar los costes de las nuevas instalaciones, en la medida en que éste es un aspecto determinado ya por el marco regulatorio.

El Consejo comparte las consideraciones de la Dirección de Competencia recogidas en los párrafos (263) y siguientes de la PR. Como se ha explicado

anteriormente, la actividad de distribución, como actividad de carácter regulado, está sometida a un régimen económico establecido por normativa. Por ello, los ingresos de las empresas distribuidoras comprenderán, por una parte, los ingresos establecidos por el sistema para la retribución de la actividad de distribución y, por otra, los ingresos provenientes de terceros, en concepto, entre otros, de derechos de acometida o de ingresos por ejecución de instalaciones a precio libre. Los ingresos provenientes de terceros que son cobrados por la distribuidora son ingresados directamente en sus cuentas, mientras que los ingresos provenientes de la retribución de la actividad de distribución son liquidados de forma anual, en base a los cálculos que el órgano regulador efectúa a la vista de los datos facilitados por los propios distribuidores.

Los distribuidores tienen que facilitar los valores correspondientes tanto a los activos que forman parte de sus redes, como a los ingresos obtenidos a partir de terceros, que han de ser descontados de aquéllos a la hora de determinar el importe que ha de ser objeto de retribución. El importe que ha de ser objeto de retribución por el sistema no se reintegra de forma íntegra, ni de forma inmediata, sino que se pondera a precios promedio, de cara a perseguir una mayor eficiencia en la ejecución de las inversiones.

Con ello, el beneficio ilícito obtenido por ENDESA DISTRIBUCIÓN con su conducta se correspondería con la diferencia entre las cantidades cobradas por la ejecución de las instalaciones de extensión de red presupuestadas y ejecutadas y las cantidades que le habrían correspondido como suma de los derechos de extensión y de la retribución por las inversiones. A ello debe añadirse el posible beneficio financiero derivado del tiempo que media desde el cobro por la ejecución de la instalación hasta la liquidación de su retribución, que sería mayor cuanto mayor sea la cantidad cobrada por la instalación.

Por otra parte, tal como se ha adelantado con anterioridad, toda vez que tanto los derechos de extensión como la retribución por las inversiones han sido calculados como un promedio de costes, el hecho de que ENDESA DISTRIBUCIÓN estuviera excluyendo de las instalaciones reservadas la ejecución de las instalaciones de mayor coste (es decir, “descremando” el mercado para llevar a cabo como extensiones reguladas solo aquellas en las que la retribución promedio iguala o supera la inversión realizada), podría otorgarle un beneficio ilícito extraordinario, por la vía del incremento de la rentabilidad en la ejecución de las instalaciones.

Adicionalmente, a la hora de considerar el beneficio ilícito de ENDESA DISTRIBUCIÓN, hay que tener en cuenta que en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras se ha venido aplicando en los ejercicios pasados un “factor de eficiencia” que viene a minorar la inversión a reconocer a las mismas a efectos retributivos. Dicho factor de eficiencia se obtiene mediante la utilización de un Modelo de Red de Referencia (MRR) y viene dado por el cociente entre el inmovilizado (€) que calcula el Modelo para atender nueva demanda de un ejercicio y el inmovilizado (€) que la empresa distribuidora ha puesto en

explotación en dicho ejercicio de acuerdo con las Auditorías de Inversiones que tienen que presentar anualmente. Para cualquier "factor de eficiencia" a la inversión inferior a la unidad (como ha sido el caso en todos los ejercicios pasados en que han producido los hechos objeto del expediente), ya no es neutro que la empresa asigne indebidamente a los solicitantes del suministro la ejecución de las acometidas más caras, produciéndose un efecto equivalente al de acercar artificiosamente a la unidad dicho "factor de eficiencia".

Y todo ello sin considerar el efecto financiero a favor de la empresa que ésta obtendría por la indebida asignación de tales acometidas.

6.3. Responsabilidad.

ENDESA DISTRIBUCIÓN entiende que no existió ni dolo ni culpa en su actuación por lo que, no concurriendo el elemento subjetivo de la infracción, no podría ser declarada responsable de la misma ni tampoco sancionada. De este modo contempla que actuó en todo momento de forma diligente, adoptando las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a la normativa sectorial y bajo la creencia razonable de que su actuación era conforme a dicha normativa y, lo que es más importante, con el convencimiento de que, de haber actuado en el sentido que ahora la DC considera correcto, habría incumplido las obligaciones que como gestor de la red de distribución le impone la normativa sectorial, ocasionando además un grave perjuicio al sistema eléctrico y al conjunto de los consumidores de energía eléctrica en España.

Apoyando esta alegación solicita la admisión de la prueba documental pública o en su defecto privada en que consiste la Resolución de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía, relativa a la interpretación de las obligaciones en materia de ejecución de obras de nuevos suministros por la distribuidora eléctrica DIELESUR y en la que la Consejería confirma sin ambages el criterio en el que ENDESA DISTRIBUCIÓN basa su actuación según el cual no es posible considerar aplicar derechos de extensión cuando es necesario realizar obras que van más allá de la simple conexión a las instalaciones existentes prevista en el artículo 12.3 del TRLS 2008.

Esta cuestión será analizada de forma autónoma, en FD Séptimo posterior.

6.4. Graduación de la sanción.

Por último, **ENDESA DISTRIBUCIÓN se ocupa, subsidiariamente, de reflejar aquellas circunstancias que justificarían, por mor del principio de proporcionalidad, imponer una sanción de limitadísima cuantía en el supuesto de que se entendiera que ha cometido una infracción del artículo 2 de la LDC y que debe ser sancionada por ello**.

Asimismo, tal cuestión se analizará en el último FD de esta resolución.

6.5. Valoración del Consejo

En definitiva, este Consejo considera que, entre 2009 y 2012, ha quedado acreditado que ENDESA DISTRIBUCIÓN, de forma continuada, ha realizado una conducta anticompetitiva que constituye una conducta tipificada en el artículo 2 de la LDC –como se ha desarrollado en el Fundamento de Derecho Quinto- y por lo tanto ilícita desde el punto de vista de la normativa de competencia, y que provoca una pérdida de bienestar derivada del mayor precio que pagan los consumidores e incluso de la expulsión de aquellos con una menor capacidad adquisitiva.

Por todo ello, y dado que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha llevado a cabo una conducta abusiva y tiene una cuota de mercado próxima al monopolio, no podemos sino concluir que, conforme al artículo 62.4.b) de la LDC nos encontramos ante una infracción de carácter muy grave, con las consecuencias que de ello se derivan.

SÉPTIMO.- Responsabilidad.

El artículo 61.1 de la LDC dispone que "*serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley*". Por su parte, el artículo 63.1 de la LDC establece que, "*Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley …*".

Tal y como se ha apuntado en FD 6º, ENDESA DISTRIBUCIÓN alega la inexistencia de dolo o culpa en su actuación.

Según constante jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, el concepto de abuso es de naturaleza objetiva, no requiriéndose, por tanto, de una eventual intención anticompetitiva. Una vez corroborado el carácter abusivo de la conducta y considerando tanto la Direccion de Competencia como este Consejo que el comportamiento arbitrario de ENDESA DISTRIBUCIÓN es ciertamente revelador de dicha intencionalidad subjetiva de la empresa- parece claro que la distribuidora es responsable de una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC.

Como hemos visto anteriormente dicho apartado señala como infracción muy grave: "b) *El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos*". En este caso, el abuso lo

protagoniza una empresa que efectivamente cuenta con una posición de dominio en cada una de las zonas de distribución que gestiona, y que procedió en relación con la infracción acreditada, cuando menos, sin la diligencia que cabe exigir a un operador que ostenta dicha posición en el mercado y, por ello, con infracción de la especial responsabilidad que como tal le incumbía. Muchas son las sentencias que se refieren a este régimen de especial responsabilidad del operador dominante. Así, la Sentencia en el asunto Telia Sonera (STJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09) señala en sus párrafos 24 y 44:

> *24. De este modo, el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores (...), sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva. Si, en efecto, el artículo 102 TFUE no prohibe a una empresa alcanzar, por sus propios medios, la posición dominante en un mercado y aunque, con mayor motivo, la acreditación de la existencia de una posición dominante en un mercado no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (...), no es menos cierto que, según reiterada jurisprudencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 105 y la jurisprudencia citada).*
>
> *44. Además, dicho enfoque [el test del operador igualmente eficiente] se justifica aún más cuanto que también se ajusta al principio general de seguridad jurídica, dado que la toma en consideración de los costes y los precios de la empresa dominante le permite a ésta apreciar la legalidad de su propio comportamiento de conformidad con la responsabilidad particular que, como se ha recordado en el apartado 24 de la presente sentencia, le incumbe con arreglo al artículo 102 TFUE. En efecto, si bien una empresa dominante conoce sus propios costes y tarifas, no conoce en principio los de sus competidores (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 202).*

Del mismo modo, en la Sentencia del asunto Telefónica (STGUE de 29 de marzo de 2012, T-398/07, Reino España vs Comisión), puede leerse:

> *92. De este modo, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que los perjudican impidiendo el juego de la competencia, recae sobre la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 50 supra, apartado 176, y la jurisprudencia citada).*

Asimismo la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 10 de abril de 2013 por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por E.ON DISTRIBUCIÓN, S.L., contra la RCNC de 8 de noviembre de 2011, en el Expte. S/0003/07, E.On, se remite al pronunciamiento que ya realizó en su Sentencia de 21 de abril de 2008, confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 2011, y en el que además también era ENDESA DISTRIBUCION la empresa responsable de haber abusado de su posición de dominio. La Audiencia Nacional señalaba que:

> " *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".*

Y continua más adelante:

> *"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".*

Estos argumentos relativos a la especial diligencia y responsabilidad que le atañen a la empresa que ostenta la posición dominante en el mercado, resultan plenamente aplicables para el presente caso y es patente que ENDESA DISTRIBUCIÓN no sólo no cumplió con los deberes de especial atención y cuidado que le correspondían, sino que fue precisamente dicha posición privilegiada que ocupaba en el ámbito de sus redes de distribución la que le permitió aplicar de forma arbitraria la norma sectorial en función de sus propios intereses.

OCTAVO.- Cálculo de la sanción.

La infracción se califica como muy grave de acuerdo con artículo 62.4.b) de la LDC. Según el artículo 63.1.c) de la LDC, la sanción por infracción muy grave consiste en "*multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción*".

La LDC, pues, se limita a fijar un máximo legal, cuyo objeto es evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa, junto con criterios de graduación y circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC).

Por otro lado, la Disposición Adicional 3ª de la LDC prevé la publicación de Comunicaciones para aclarar los principios que guían la actuación de la CNC en la aplicación de la LDC. De esta forma, la amplitud prevista por la Ley para la fijación de sanciones es encauzada por la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la CNC sobre cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC (BOE 11 febrero 2009, en adelante "Comunicación de sanciones"). Su apartado 3º señala: "*Mediante esta Comunicación […] la CNC pretende establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen su actuación. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos*."

Siendo ello así, sin perjuicio del cumplimiento del máximo legal (10% de volumen de negocios total del ejercicio anterior), el proceso de cuantificación se ajusta a lo previsto en la referida Comunicación, que sirve de parámetro de concreción del artículo 64 de la LDC y dota de objetividad y transparencia la metodología seguida para la fijación de sanciones.

Entre los criterios del artículo 64 de la LDC, el Consejo considera que en este caso es pertinente tener en cuenta que: (i) el mercado directamente afectado por la infracción es el de las instalaciones de nueva extensión de red de distribución de electricidad, necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta 100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión; (ii) que ENDESA DISTRIBUCIÓN tiene una indiscutible posición de dominio como monopolista en cada una de las zonas de distribución que gestiona; (iii) el impacto sobre el bienestar del consumidor que se ve reducido, tanto cuando paga cantidades muy superiores a las que le correspondían como cuando ve frustrado su acceso a un bien básico como es la electricidad al no poder hacer frente a presupuestos tan elevados; y (iv) que la infracción se habría aplicado de forma sistemática y regular al menos desde 2009.

Importe básico de la sanción

Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii), aplicación de coeficiente de ajuste al importe básico en función de agravantes y atenuantes y (iii) ajuste en su caso a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor.

La primera fase, pues, consiste en determinar el importe básico de la sanción, para lo que, según párrafo 9, serán de aplicación los criterios señalados en las

letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC "*teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos*." En relación con el mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de sanciones concreta lo siguiente: "*El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15*".

En este caso, según lo ya señalado, el mercado afectado por la infracción ha quedado definido como el correspondiente al de las instalaciones de nueva extensión de red de distribución de electricidad, necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta 100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión. Sobre esta base, conviene señalar que el órgano instructor requirió a la empresa información concerniente a volúmenes de negocios en el mercado afectado durante los años 2009, 2010, 2011 y 2012, (información que consta en los folios 2846-2853 del expediente). Por otro lado, a fin de conocer el importe máximo de la sanción al amparo del artículo 63 de al LDC, el Consejo requirió a la empresa (acuerdo de 18 de junio de 2014, folios 4903-4904) el importe del volumen total de negocios en 2013, información que fue aportada por la empresa (folios 4911 a 4924).

De acuerdo con la información aportada por la empresa (folios 2846-2853), los volúmenes de negocio en el mercado afectado correspondiente al periodo 2009 a 2012 ascienden a las sumas siguientes:

→ 2009 [confidencial] €
→ 2010 [confidencial] €
→ 2011 [confidencial] €
→ 2012 [confidencial] €
[*información confidencial que obra en folios 2846-2853 del expediente*]

Dado que la infracción tiene una duración superior al año (se extiende de 2009 a 2012), es preciso aplicar el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, el último año (o año 1) vendrá necesariamente determinado por los últimos doce meses en que la infracción se produjo con un factor de ponderación equivalente a 1. Los volúmenes correspondientes a los periodos de 12 meses anteriores a aquél recibirán una ponderación decreciente (0.75 para el 2º, 0.50 para el 3º y 0.25 para el 4º).

Año	*VNMA €*	*Coeficiente ALFA*	*VNMA ponderado €*
2009	[confidencial]	0.25	[confidencial]
2010	[confidencial]	0.50	[confidencial]
2011	[confidencial]	0.75	[confidencial]
2012	[confidencial]	1.00	[confidencial]
TOTAL			**21.478.366**

[*información confidencial que obra en folios 2846-2853 del expediente*]

El volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por duración sirve de base sobre la que aplicar el tipo de sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, el importe básico de la sanción se obtendrá aplicando al volumen de ventas afectado por la infracción "*un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios*".

No obstante, sobre dicha base, este Consejo estimaría razonable en el presente caso la aplicación de un tipo del 5%, teniendo en cuenta la dimensión del mercado afectado y el tipo de infracción en relación con otros expedientes similares. Ello determinaría un importe básico de la sanción de 1.073.918 euros.

Agravante

Como señala la DC en su Propuesta de Resolución, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha sido sancionado en dos ocasiones (Exptes.606/05 y S/0211/09) por los extintos Tribunal de Defensa de la Competencia y Comisión Nacional de la Competencia, respectivamente, por infracciones de abuso de posición dominante en el mercado de instalaciones eléctricas, habiéndose confirmado tanto por la Audiencia Nacional (SAN de 21 de abril de 2008) como por el Tribunal Supremo (STS de 10 de febrero de 2011) la Resolución del TDC con anterioridad a la fecha de comisión de esta infracción, mientras que la Resolución de la CNC no es firme aún ya que fue recurrida por ENDESA DISTRIBUCIÓN.

En consecuencia, el importe básico de la sanción debe incrementarse en un 10% de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64.2.a) de la LDC y en los párrafos 16 a 18 de la Comunicación de Multas.

Importe final de la multa

En atención a todo lo anterior, el Consejo fija la sanción en un porcentaje del 5 % del volumen de negocio de ENDESA DISTRIBUCIÓN en el mercado afectado durante los años 2009 a 2012, debidamente ponderado de forma decreciente por la duración, y apreciando la circunstancia agravante referida lo que conduce a un incremento del valor en un 10%, lo que supone un importe total de 1.181.309 Euros.

Comprobación sobre límite del 10% (art. 63 LDC).

Una vez alcanzada la suma correspondiente al importe básico de la sanción, la recta aplicación del artículo 63 LDC exige comprobar que la multa así calculada no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción. Ello es así porque el "*10% sobre volumen de negocio total en ejercicio anterior*" no es un elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino un límite, el tope máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura [STS 29-05-2013 (recurso 1312/2010); SSAN 05-02-2013 (recurso 06/420/2011), 13-02-2013 (recurso 06/377/2011), 26-02-2013 (recurso 06/646/2011), 05-03-2013 (recurso 06/566/2011), 12-04-2013 (recurso 06/395/2011); SSTJUE 07-06-2007 (asunto C-76/06)]. Se fija así en el 10% la capacidad económica real de la empresa en el mercado para hacer frente al reproche por su conducta antijurídica. La Ley busca así impedir que la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito.

No constando que el importe final de la multa antes señalado supere el 10% del volumen de ventas total de ENDESA DISTRIBUCIÓN en 2013 (2.221.427.000 euros; cfr folio 4922), el Consejo acuerda imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN una multa de 1.181.309 euros.

En su escrito de contestación al requerimiento de información de 26 de junio (folios 4911 y siguientes), ENDESA DISTRIBUCIÓN, con cita de diversas sentencias de la Audiencia Nacional, alega que la sanción máxima que cabe imponer sería el 10% del volumen de negocios obtenido por la empresa en el ámbito de actividad económica en el que se ha producido la infracción, en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

El Consejo, tal y como ya manifestó el Consejo de la CNC en anterior Resolución de 30 de julio de 2013 (Expte. S/0380/11 COCHES DE ALQUILER), no puede aceptar esta alegación. Las sentencias a las que se hace referencia no son firmes, pues se encuentran pendientes de resolución los recursos de casación interpuestos contra ellas.

De hecho, estas sentencias se separan de la doctrina sostenida por la propia Audiencia Nacional en sentencias posteriores. A modo de ejemplo, la SAN de 12/04/2013 (06/395/2011) se refiere a la consideración del límite máximo como garantía para salvaguardar la viabilidad de la empresa, límite que se establece en relación con el volumen de negocios total de la empresa infractora, y no con el volumen de negocios relacionado con la infracción, como ahora se pretende:

> *"En este caso, no consta que se haya superado la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa porcentaje fijado en el*

artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de la empresa."

En este mismo sentido se pronuncian otras sentencias, como las que se citan a continuación: SAN 05/02/2013 (06/420/2011), SAN 13/02/2013 (06/377/2011), SAN 25/02/2013 (06/390/2011), SAN 26/02/2013 (06/646/2011), SAN 05/03/2013 (06/566/2011). Vid. también STS de 29/05/2013 (recurso de casación nº 3/1312/2010).

El Consejo considera que la LDC distingue claramente entre "*mercado afectado*" y "*volumen de negocios total*", conceptos que, en consecuencia, no pueden utilizarse indistintamente. Mientras que el artículo 64.1 de la LDC alude a "*la dimensión y características del mercado afectado por la infracción*" como criterio al que debe atenderse para graduar el importe de la sanción, el artículo 63.1 de la LDC se refiere expresamente al "*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*". Así, el proceso de cálculo de sanciones diseñado por la LDC se articula sobre una doble fase: por un lado, habrá que atender a los criterios que deben tomarse en consideración para graduar las sanciones enumerados en el artículo 64 LDC (desarrollados por la Comunicación de Multas); y una vez calculadas las sanciones de acuerdo con tales criterios, deberá comprobarse que el importe de la multa no supera el umbral máximo establecido en el artículo 63.1 de la LDC (es decir, el "*10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*").

En definitiva, el artículo 63.1 de la LDC no fija un arco sancionador, sino un límite. Y éste toma como base el *volumen de negocios total de la empresa*, y no el correspondiente al *mercado afectado por la infracción*. Esta disposición no tiene la condición de elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino que constituye un umbral máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura (umbral que en consecuencia se establece en atención a la capacidad económica *actual* de la empresa).

La redacción del artículo 63.1.c) de la LDC 15/2007 coincide además con la del artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003, de aplicación en procedimientos de infracción de los artículos 101 y 102 TFUE (antes 81 y 82 TCE), y es consecuencia de una sistemática equivalente en el ámbito nacional y comunitario. Por ello también la Comunicación sobre cuantificación y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003, coinciden en el método del cálculo de la sanción, según el cual el importe básico resulta de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de duración de la infracción o participación en la misma. Y es una vez calculada la sanción de acuerdo con los criterios anteriores (es decir, tomando como referencia el "*mercado afectado*"), cuando procede comprobar que no se ha

superado el umbral del límite máximo del 10%. Y ello porque, como recuerda la STJUE 12/07/2012 asunto C-181/11 P, CETARSA/Comisión:

> *"82 En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproximado e imperfecto, por su volumen de negocios global (…).*
>
> *83 Se trata por tanto de un límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción (…)."*

En este mismo sentido, se pueden citar también: STJUE de 07/06/1983, asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80 Musique Diffusion française/Comisión (par.119); STJUE de 28/06/2005 asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P A C-208/02 P Y C-213/02 P, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (par.279-282); STJUE de 07/06/2007 asunto C-76/06, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión (par. 24); y STG de 16/06/2011, asunto T-211/08 Putters International/Comisión (par. 74 y 75).

Todo ello apunta a no atender a la alegación efectuada a este respecto por ENDESA DISTRIBUCIÓN.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es autora la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN, consistente en el cobro indebido por la ejecución de instalaciones de nueva extensión de red, en casos en los que correspondería a la empresa distribuidora asumir la ejecución de tales instalaciones con el cobro de los derechos de extensión vigentes, abusando así de su posición de dominio en el mercado de instalaciones eléctricas reservadas en las zonas de distribución que gestiona, que ha tenido lugar al menos desde 2009 de forma sistemática y regular.

SEGUNDO.- Imponer a la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN, como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 1.181.309 euros.

TERCERO.- Intimar a la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN para que cese en la conducta y en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares, por sí misma o a través de sus filiales, que puedan obstaculizar la competencia.

CUARTO- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la CNMC y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en Vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formulan los Consejeros D. Fernando Torremocha y García-Sáenz y D. Benigno Valdés Díaz a la presente _Resolución_, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 10 de julio del 2014, en el marco del Expediente S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN.

Nuestra discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la *Resolución* aplica la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009. Por las razones que explicamos en este *PROEMIO*, consideramos que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) "Volumen de ventas" *vs.* **"volumen de negocios total" de la empresa infractora**

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del ***volumen de ventas*** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer […] las siguientes sanciones: Las infracciones leves […] con multa de hasta el 1% […], las graves con multa de hasta el 5% […], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del ***volumen de negocios total*** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

*¿Qué diferencia existe entre **"volumen de ventas" y "volumen de negocios total"** de una empresa**?*** A nuestro juicio, desde el punto de vista

lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término "total" no añade nada a ese concepto, sólo hace de su nombre un pleonasmo (*"Lo he visto". "Lo he visto* ***con mis propios ojos****"*). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: *¿Qué debemos entender por* ***volumen de negocios total*** *de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término "total" en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra "total" implica que el concepto "volumen de ventas" o "volumen de negocios" se refiere *a la totalidad de los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción.* Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (*Vid. STS*, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema *(¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?)*, no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen.*

Nuestro punto de partida es, primero, el Artículo 3 del Código Civil, que establece: ***"1. Las normas se interpretarán […] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad";*** y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume "el espíritu y finalidad" de la propia Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, ***"sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado"***.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo bien y únicamente operan en el mercado regional *X vs.* empresas que producen ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados*: MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2 y MB3*, en los que la empresa tiene un comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción,

¿debemos utilizar el "volumen de negocios" en el mercado *MB1* (cuyo "buen funcionamiento" la empresa *ha distorsionado)*, o el "volumen de negocios" en *todos* los mercados en los que opera, incluidos *MB2 y MB3*, cuyo "buen funcionamiento" ***no*** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es "todo" el volumen de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, ***"sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado"***. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por ***no*** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados *MB2 y MB3?* Por otro lado, si así se hace la Ley es ***discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto;*** y de poco sirve argumentar que la empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley le está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley "se derrota a sí misma" porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo ***"de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales"***.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse "*atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad"*, entonces por "*volumen de negocio total de la empresa infractora"* debe entenderse, ***exclusivamente***, "*el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción"**.***

(II) <u>Proceso de determinación de las sanciones</u>

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, *SAN* 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine ***un porcentaje concreto*** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al "volumen de negocios de la empresa infractora *[*en el mercado afectado*]* en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa", da ***como resultado el monto*** de ésta. En otras palabras,

la Ley opera en sentido ***"% del volumen de negocios en el ejercicio…→monto de la multa".***

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el "volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción": **"*monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio…"***

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas "anomalías"; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis procedemos a continuación.

(III) «*Comunicación*» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina *«importe básico»* de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^{T} \alpha_i VMA_i, \qquad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; *i*=1, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que *i*=2 es el penúltimo, *i*=3 el antepenúltimo,..., *i*=T el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora *en el mercado afectado* en el año *i*; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando *i*=1, 0.75 cuando *i*=2, 0.50 cuando *i=3*, 0.25 cuando *i*=4, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor ponderado de las ventas de la empresa infractora en el *mercado afectado* el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor ponderado de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido *IB*, la sanción efectiva, *S,* se obtiene multiplicando *IB* por un factor de corrección, C_a, que toma valores C_a>1 cuando la suma de los agravantes es mayor que la de los atenuantes, C_a<1 cuando sucede lo contrario, y C_a=1 cuando ambos suman igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \qquad [2]$$

Si *S* está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, *S* se convierte en sanción efectiva; *pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.*

(2) Dado que por *"volumen de negocios total de la empresa infractora"* hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75\, VMA_{t-2} + 0.50\, VMA_{t-3} + \cdots]$$

De modo la *sanción efectiva* es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75\, VMA_{t-2} + 0.50\, VMA_{t-3} + \cdots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces C_a=1 y S_t es *mucho mayor* que la sanción *máxima* contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1}, porque $p \in$ [10%, 30%]: S_t>0.1VMA_{t-1}. Con más razón, pues, supera a la máxima de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1}, respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, C_a>1 y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg$0.1VMA_{t-1}.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, C_a<1 y $S_t \gtreqless 0.1VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un C_a<1 suficientemente pequeño para hacer S_t<0.1VMA_{t-1} (y no digamos para hacerlo menor que 0.05VMA_{t-1} o $0.01VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquel en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, ***por construcción***, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En

otras palabras: *Para las infracciones leves,* ***siempre el 1%****; para las graves,* ***siempre el 5%****; y para las muy graves,* ***siempre el 10%****.* De modo que ***los intervalos contemplados por el legislador*** (las infracciones leves, hasta el 1%; las graves, hasta el 5%; y las muy graves, hasta el 10%) ***devienen irrelevantes*** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año *t* en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese "último año en el que se produjo la infracción" debe ser *muy anterior* al año *t* en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en *(a)*. Eso se debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3}, etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año *t* en el que se impone la multa, la situación con respecto a *IB*, y por ello a *S*, será la misma que en *(a)*.

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año *t* en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: *«[…] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios […], […] y […] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del Código de Comercio, no se conserva la documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios»*, lo que obliga al órgano sancionador a "inventar" el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: *«Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido […]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal».* Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en *(a)* aumenta.

(IV) <u>Consecuencias de aplicar la *«COMUNICACIÓN»*</u>

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser ***muy superiores*** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este "método" presenta, ***por construcción***, un sesgo matemático a hacer desparecer del Artículo 63.1 la cualificación *"hasta"*, siendo sustituida por *"siempre"*: *Para las infracciones leves,* ***siempre el 1%****; para las graves,* ***siempre el 5%****; y para las muy graves,* ***siempre el 10%****.*

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, y aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado, y tampoco siempre. Consiste en interpretar el concepto *"volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa"* como el ingreso *consolidado* de la empresa. En ese caso puede que en ocasiones (la probabilidad es mayor cuanto mayor es el volumen de ingreso *consolidado*) resulte S_t<0.1VMA_{t-1} (pero más difícil que resulte S_t<0.05VMA_{t-1} o S_t<0.01VMA_{t-1}). Ahora bien, como ya hemos puesto de manifiesto (*Vid.* Apartado [I] más arriba) esa interpretación del concepto *"volumen de negocios total […]"* es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal "método" y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como S_t>0.1VMA_{t-1}, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero ***cuadro de sanciones*** no es el Artículo 63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y mínimo, como obliga el Derecho español) ***no*** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera, que es siempre: Si S_t>0.01VMA_{t-1} y la infracción es leve, la multa debe ser 0.01VMA_{t-1} porque ese es el máximo que permite la Ley; si S_t>0.05VMA_{t-1} y la infracción es grave, 0.05VMA_{t-1}; y si S_t>0.1VMA_{t-1} y la infracción es muy grave, 0.1VMA_{t-1}. En suma, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no constituyen el límite superior de sendos ***intervalos sancionadores*** sino meros *"umbrales de nivelación"* [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$. La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese "secuestro" del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, los Consejeros firmantes del presente Voto Particular, realizamos las siguientes consideraciones discrepantes con la «Resolución»

PRIMERO.-La *Resolución* afirma lo siguiente: *"La LDC* [sic]*, pues, se limita a fijar un máximo legal, cuyo objeto es evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa […]"* (pág. 41).

En nuestra opinión, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, hace ***mucho más que "limitarse a fijar un máximo"*** para el monto de las multas. Específicamente, establece –en concordancia con la Constitución– ***un completo cuadro sancionador, dotado de intervalos matemáticos precisos para los distintos tipos de infracciones (leves, graves y muy graves)***, ***cada uno de los cuales posee, por aplicación del Derecho punitivo sancionador español, su correspondiente división en grados mínimo, medio y máximo***.

Cosa distinta es que, como argumentamos en el Apartado IV del *Proemio*, dicho cuadro sancionador de la Ley 15/2007 esté "secuestrado" por el método de cálculo de sanciones de la *Comunicación,* siendo sustituido, de facto, por el resultante de ella, que es completamente distinto– algo que, a nuestro juicio, la CNMC ***no*** está facultada para hacer–.

SEGUNDO.-Abundando en lo anterior, la *Resolución* afirma (pág. 45, énfasis añadido): *"En definitiva,* ***el artículo 63.1 de la LDC [sic] no fija un arco sancionador, sino un límite*** *[…] más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura".*

Ignoramos si el legislador de 2007 fijó el techo sancionador en el "10% del volumen de ingreso, etc." por pensar que un porcentaje mayor podría "*generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura".* Pero eso es ahora irrelevante. Lo esencial, a nuestro juicio, es que el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 ***sí*** fija un arco sancionador, y sub-arcos, y sub-arcos de los sub-arcos… un *completo* ***cuadro sancionador*****,** del que el "10%" forma parte al igual que todos los puntos del intervalo (0%, 10%), dependiendo del tipo de infracción con la que están asociados.

TERCERO.-El "secuestro" del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007 por parte de la *Comunicación*, del que es buen ejemplo lo señalado en los apartados

PRIMERO y SEGUNDO, tiene su origen en que, como hemos señalado en el *Proemio*, el método de cálculo de sanciones de la *Comunicación* posee –***por construcción–*** un sesgo estructural a generar sanciones muy superiores al *"10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*. Al contrario de lo que afirma la *Resolución*, el caso que nos ocupa es un ejemplo de ello.

En efecto, la *Resolución* dice (pág. 44): *"[…] una vez calculadas las sanciones de acuerdo con* [la Comunicación], *deberá comprobarse que el importe de la multa no supera el umbral máximo establecido en el artículo 63.1 de la LDC* [sic] *(el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa) […]".* (Como se ha indicado en el Apartado II del *Proemio*, la *Comunicación* sitúa al carro delante de los bueyes: "*monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio…"*); y continúa:

"No constando que el importe final de la multa [1.181.309 euros] supere el 10% del volumen de ventas total de ENDESA DISTRIBUCIÓN en 2013 (2.221.427.000 euros), el Consejo acuerda imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN [la mencionada multa]".

Pero eso ocurre porque (i) la *Comunicación* no parece haber sido adecuadamente aplicada (según nuestros cálculos, la sanción que genera no es 1.181.309 euros sino 2.362.620,29 euros); y (ii), ***que es lo importante***, el volumen de ingresos que se ha utilizado no es el apropiado. Hemos argumentado en el Apartado I del *Proemio* que el *"volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa"* al que se refiere la Ley 15/2007, no es el ingreso *consolidado* de la empresa (en este caso, 2.221.427.000 €), sino ***exclusivamente*** el obtenido en el *mercado afectado por la infracción* ([confidencial] €, Folio 4918).

Cuando eso se toma en cuenta, la sanción resultante de la *Comunicación* es el 58% del *"volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la infracción"*, muy superior al 10% que la Ley 15/2007 establece como techo para las infracciones muy graves. (De hecho, la multa impuesta en la *Resolución*, 1.181.310,14 euros, *también* es superior: el 29%).

CUARTO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* en cuanto a construcción matemático-económica, el ***quid sustantivo de la controversia*** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en su consecuencia, del de seguridad jurídica, que inevitablemente conduce a la

vulneración de la tutela judicial efectiva, *ex* Artículos 9 y 24 de la *Constitución Española*.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a una Ley, que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: el Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y los Artículos 62 y siguientes y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo tanto doctrinal constitucional como jurisprudencial: a modo de recurso y simple mención citamos, por todas, la ***STC 100/2003 de 2 de Junio*** que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

> «Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, "el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley". »

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada STC 42/1987, de 7 de Abril:

> «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.
>
> En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el

mandato de taxatividad o de *lex certa*, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). »

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

EN CONCLUSION: Nuestra discrepancia se fundamenta en las dos consideraciones sustantivas e interrelacionadas siguientes: ***La primera,*** por cuanto una norma de rango inferior no puede atacar lo prevenido y dispuesto por una norma con rango de Ley. ***La segunda,*** por cuanto la *Comunicación* es una creación *ad hoc* y su aplicación lleva a un resultado aritmético superior al 10% sancionador, que posteriormente se corrige caprichosamente en orden a reducirlo a dicho tope máximo del 10%, lo que representa un proceso sancionador que opera en sentido contrario al contemplado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con las consecuencias expuestas en el presente Voto Particular.

QUINTO.-En consecuencia con todo lo anterior, partiendo de la tipificación de la infracción como ***muy grave,*** y en atención a la dimensión y características del mercado afectado, al alcance de la infracción, a su duración, a sus efectos sobre los consumidores y usuarios –todo ello *evaluado en función de la* ***muy elevada cuota de mercado de la imputada***–, y teniendo por *agravante* su ***reiterada conducta infractora***, procede imponer una sanción del 9% de su volumen de negocio en el ***mercado afectado por la infracción***, es decir, la multa de ***366.434,28*** euros.

Así por este nuestro Voto Particular Discrepante, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en Madrid, a 11 de julio de 2014.