



Roj: **SAN 5349/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5349**

Id Cendoj: **28079230062023100711**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/10/2023**

Nº de Recurso: **1550/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001550 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 11110/2019

Demandante: ENDESA ENERGÍA XXI

Procurador: D^a. MARÍA DEL ROSARIO VICTORIA BOLÍVARD

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: FEDERACIO CATALANA D'EMPRESAS INSTAL.LADORES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

S E N T E N C I A N º :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1550/2019** promovido por la Procuradora D^a. María Del Rosario Victoria Bolívar, en nombre y representación de **ENDESA ENERGÍA XXI, S.A.U.**, contra la Resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en el marco del Expediente S/DC/0552/15 AGIC, por la que se le declara responsable de una infracción grave conforme al artículo 62.3.c), de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3, imponiéndole la sanción de 5.500.000 euros, y se le intima para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso:

1. *Con carácter principal:*

a) *Declare que la Resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco del Expediente S/DC/0552/15 AGIC y aquí impugnada, no es conforme a Derecho y la anule en su integridad.*

b) *Reconozca el derecho de la recurrente a la devolución del importe íntegro abonado en cumplimiento de dicha Resolución, con los intereses legales devengados desde la fecha de su abono hasta la fecha en la que se proceda a su devolución a mi representada.*

2. *Subsidiariamente respecto de las pretensiones deducidas en el número 1:*

a) *Declare que la citada Resolución de la CNMC de 20 de junio de 2019, en cuanto fija la cuantía de la sanción en 5.500.000 euros, no es conforme a Derecho y la anule.*

b) *Reconozca el derecho de la recurrente a que la sanción se reduzca al 0,05%:*

Del "coste o margen de comercialización" de ENDESA XXI en el año 2018, cuyo importe se indica en el certificado confidencial obrante en el folio 2051 del expediente.

Subsidiariamente, del volumen de negocios total de ENDESA XXI mencionado en la pág. 51 de la Resolución recurrida, esto es, la sanción se reduzca a 1.375.000 euros.

c) *Reconozca el derecho de mi representada a la devolución del importe abonado en cumplimiento de dicha Resolución que exceda del importe reducido en virtud de lo pretendido en la letra b), con los intereses legales devengados desde la fecha de su abono hasta la fecha en la que se proceda a su devolución a mi representada.*

d) *En todo caso, declare que el apartado Tercero de la parte dispositiva de la Resolución recurrida, que intima a mi representada para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución, no es conforme a Derecho y lo anule. 32 3. Condene a la Administración a la devolución a mi representada de los importes que procedan conforme a lo pretendido en los números 1.b) y 2.c) precedentes.*

4. *Condene en costas a la Administración demandada "con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:*

(i) anule íntegramente la Resolución dictada por el Consejo de la CNMC el 4 de octubre de 2018 en el expediente SAMAD/01/2016, CEMENTERIOS DE LEGANÉS, por ser contraria a Derecho; y

(ii) subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución recurrida en lo que concierne al cálculo de la sanción, acordando su reducción sustancial de conformidad con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto de esta demanda"

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. -Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 17 de mayo del año en curso.

CUARTO- El señalamiento fue suspendido por providencia de 27 de marzo de 2023, contra la que la parte recurrente interpuso recurso de reposición que fue estimado, señalándose para deliberación, votación y fallo la audiencia del día 27 de septiembre del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en el marco del Expediente S/DC/0552/15 AGIC, por la que se le declara responsable de una infracción grave conforme al artículo 62.3.c), de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3, , imponiéndole la



sanción de 5.500.000 euros, y se le intima para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditada una infracción grave conforme al artículo 62.3, letra c), de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, por el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3.

Segundo. Declarar responsable de dicha infracción a ENDESA ENERGÍA XXI. S.L.U., imponiendo la sanción de 5.500.000 euros.

Tercero. Intimar a la empresa infractora para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución. Cuarto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Cuarto. Instar a la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)"

SEGUNDO. - Recoge la resolución sancionadora que el procedimiento sancionador se incoo como consecuencia de la denuncia presentada por presentada por el Presidente de la Associació de Gremis d'Instal.ladors de Catalunya sobre posibles conductas contrarias a la LDC, entre otras, la consistente en la promoción de productos ajenos al suministro de electricidad y gas natural por ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U. (en adelante, ENDESA XXI) y por GAS NATURAL S.U.R. SDG, S.A. (en adelante, GNSUR) como comercializadores de último recurso o comercializadores de referencia, a través de la publicidad desleal de su factura a los clientes en cartera.

En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"1. ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U. (ENDESA XXI) ENDESA8 es un grupo empresarial multinacional activo en el sector energético. Su negocio principal es la producción, transporte, distribución y comercialización 8 Según la Memoria de sus cuentas anuales su objeto social es el negocio eléctrico en las distintas actividades industriales y comerciales, la explotación de toda clase de recursos energéticos primarios, la prestación de servicios de carácter industrial y, en especial los de telecomunicaciones, agua y gas, así como los que tengan carácter preparatorio o de electricidad. La compañía opera, también, en el sector de gas natural y en el de las energías renovables y desarrolla otros servicios relacionados con la energía. El grupo italiano ENEL se convirtió en 2009 en propietario del 92,063% del capital social de ENDESA, S.A., a través de su filial ENEL ENERGY EUROPE, S.r.L., participada al 100% por ENEL, S.p.A.. Tras la oferta pública de venta realizada a finales de 2014, la participación de ENEL en ENDESA pasó a ser el 70,14%.

ENDESA, S.A. es la matriz del grupo empresarial Endesa.

La actividad de comercialización de electricidad y de gas natural la llevan a cabo dos sociedades del grupo:

- i) ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, Endesa Energía), comercializadora libre de gas y electricidad, y*
- ii) ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U. (ENDESA XXI), que realiza funciones de comercializador de referencia de electricidad y de comercializador de último recurso de gas natural.*

La actividad de distribución de electricidad la realiza la sociedad perteneciente al grupo Endesa Distribución Eléctrica, S.A.U. En la actualidad el grupo Endesa no distribuye gas natural en España.

La cuota de mercado de ENDESA en 2014, año en el que habrían finalizado las posibles prácticas anticompetitivas investigadas de acuerdo con la información recabada durante la instrucción del presente expediente, fue (i) en el mercado de suministro de electricidad a clientes domésticos, el 40,1% en términos de número de clientes y el 42,1% en términos de energía suministrada¹¹; (ii) en el mercado de suministro de gas natural a clientes domésticos, el 16,2% en términos de número de clientes y el 14,2% en términos de energía suministrada¹²; y (iii) en el mercado de prestación de servicios de mantenimiento de calderas de gas a clientes doméstico-comerciales, el 12,6%¹³. En este sentido, es necesario señalar que las citadas cuotas no han experimentado apenas variación desde el momento en que se iniciaron las prácticas en 2012, habiendo permanecido estables durante dicho periodo".

Aborda la resolución el estudio del el marco normativo de los mercados afectados precisando que la conducta analizada está relacionada con la comercialización de último recurso de gas natural y la comercialización de referencia de electricidad; que ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U. es comercializadora de último recurso de gas



natural y comercializadora de referencia de electricidad y que esta sociedad pertenece al grupo empresarial ENDESA que cuenta con la sociedad filial denominada ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (Endesa Energía) para realizar la actividad de comercialización en el mercado de electricidad y de gas natural a precio libre a consumidores domésticos.

Dicho lo anterior, señala que las conductas analizadas en el presente expediente tienen lugar en los siguientes mercados de producto estrechamente relacionados: (i) mercado de suministro de gas natural a clientes domésticos, (ii) mercado de suministro de electricidad a clientes domésticos²⁰ y (iii) mercado de servicios adicionales al suministro de electricidad y gas natural a clientes domésticos.

Después de recoger la regulación normativa de los citados mercados, en el apartado "Hechos Probados", con remisión lo consignado en los párrafos 70 a 80 del Pliego de Concreción de Hechos de la Dirección de Competencia, se pone de manifiesto lo siguiente:

-Durante las campañas de calefacción comprendidas entre octubre de 2012 a marzo de 2013 y entre octubre de 2013 a marzo de 2014, ENDESA XXI incluyó comunicaciones denominadas "Al mal tiempo, Calor amigo" y "Este invierno, más Calor Amigo" en las facturas de sus clientes acogidos a TUR de electricidad y TUR de gas natural, respectivamente. Dichas campañas fueron efectuadas en todo el territorio nacional.

-Existen dos modelos de mensaje incluidos en las facturas emitidas por ENDESA XXI a clientes en cartera acogidos a TUR de electricidad y gas (folios 744-758).

-El mensaje incluido por ENDESA XXI en las facturas a sus clientes en cartera (modelo de Mensaje 1) denominado "A mal tiempo, Calor Amigo", propone al cliente acogido a TUR "un plan personalizado con excelentes condiciones de ahorro y mejorar el confort de su hogar", y le direcciona para información al Punto de Servicio Endesa y a la dirección web corporativa "www.endesaonline.com". Se incluye impreso un dibujo de una caldera y un calentador. Al lado de dicho mensaje, aparece el número de atención al cliente de ENDESA XXI y el teléfono de averías.

-El modelo de Mensaje 2 de ENDESA XXI en las facturas a sus clientes acogidos a TUR "Este invierno, más Calor Amigo", indica que se puede ahorrar en calefacción con las "propuestas", de las que puede informarse en el Punto de Servicio Endesa y en la dirección web corporativa "www.endesaonline.com". Al lado de dicho mensaje se incluye en tamaño grande el número de atención al cliente de ENDESA XXI y en tamaño más reducido el número de teléfono de averías de la distribuidora.

-Que Según información aportada por ENDESA XXI se emitieron 6.428.733 facturas a clientes en cartera de ENDESA XXI con el mensaje "Calor Amigo", durante el periodo de calefacción comprendido entre octubre de 2013 y marzo de 2014 (folios 132-134).

-Que ENDESA XXI no ha suscrito contratos con los Puntos de Servicio Endesa que ofrecen los servicios del plan "Calor Amigo" en las facturas de los clientes en cartera acogidos a TUR.

-Que, según información aportada por ENDESA, S.A. con fecha 11 de febrero de 2016, las sociedades pertenecientes al Grupo Endesa que han suscrito contratos con los Puntos de Servicio Endesa (en adelante, PSE) que ofrecen servicios del plan "Calor Amigo" en las facturas de los clientes en cartera acogidos a TUR son Endesa Energía y Endesa Operaciones y Servicios Comerciales S.L.U. ENDESA XXI no mantiene ningún tipo de vínculo contractual con los PSE (folios 739-743).

-Que ENDESA XXI ha manifestado que ellos no ofrecen servicios relacionados con los sistemas de calefacción, ni ningún otro distinto al suministro de energía.

-Que tanto ENDESA XXI como ENDESA, S.A. señalan que los servicios como los de instalación de calderas o similares son realizados por los PSE. y que a partir de mayo de 2014, ENDESA XXI sí vende directamente a los clientes calderas y otros productos de gama similar de forma desvinculada a las acciones de comunicación "calor amigo" (folios 739-743).

-Que ENDESA, S.A. ha aportado distintos modelos de contratos suscritos entre Endesa Energía (la comercializadora libre del grupo) / Endesa Operaciones y Servicios Comerciales S.L.U. y los PSE respectivamente (folios 759-806), que permiten entender las funciones de estos últimos. En particular, se destaca la siguiente documentación:

a) Contratos de fecha 1 de febrero de 2013, de prestación de servicios entre Endesa Operaciones y Servicios Comerciales S.L.U. y el Punto de Servicio, y entre Endesa Energía y el Punto de Servicio (en Madrid). Los Puntos de Servicio se encargan de captar nuevos clientes para el suministro de electricidad y/o gas, del mantenimiento de los existentes y de la formalización de los preceptivos contratos en nombre y representación de Endesa Energía⁴⁰. Los Puntos de Servicio realizan la atención comercial a clientes y prestaciones conexas.



También se encomienda al Punto de Servicio la comercialización de los productos y servicios de valor añadido encomendados. El Punto de Servicio accede en calidad de "encargado del tratamiento" a diferentes ficheros de datos de carácter personal de los que es responsable Endesa Energía/ Endesa Operaciones y Servicios Comerciales.

b) Contrato de prestación de servicios técnicos suscrito entre Endesa Energía y el Punto de Servicio, con fecha 1 de febrero de 2013 (en Badajoz). Su objeto consiste en establecer acuerdos con instaladores locales para poder prestar servicios técnicos a los clientes de Endesa Energía y a los que le sean encomendados. El Punto de Servicio accede en calidad de "encargado del tratamiento" a diferentes ficheros de datos de carácter personal de los que es responsable Endesa Energía.

c) Anexo I al contrato marco de prestación de servicios técnicos entre Endesa Energía y el Punto de Servicio, para la provisión del servicio de revisión y reparación de instalaciones eléctricas y de climatización Montajes Eléctricos MARPA- PBA222, suscrito en Badajoz el 1 de febrero de 2013: Establece las condiciones específicas para la prestación de los servicios de revisión y reparación de instalaciones y de climatización por parte del Punto de Servicio a los clientes que tengan contratado el Servicio de Mantenimiento con Endesa Energía.

El anexo incluye una cláusula por la que el Punto de Servicio reconoce que los clientes sobre los que presta el servicio le han sido aportados por Endesa Energía, y se compromete a no efectuar, durante la vigencia de la relación contractual ni durante un año tras la resolución de la misma, ninguna actividad de captación ni oferta para la prestación de servicios como los relacionados en el citado Anexo a los clientes que Endesa Energía le haya facilitado al amparo de su relación contractual. Asimismo, tampoco podrá realizar actuaciones de captación comercial de suministros de electricidad y gas para las empresas energéticas competidoras de Endesa Energía entre los clientes que Endesa Energía le haya facilitado.

d) En el Anexo D al contrato de colaboración firmado entre Endesa Energía y BTV INSTALACIONES (XAC015): el Punto de Servicio se compromete a realizar cada orden de servicio que le sea encomendada por Endesa Energía. La verificación, revisión y mantenimiento afectarán a la instalación receptora individual de gas y a los aparatos de gas conectados a la misma.

A la vista de los hechos expuestos, se concluye que ha quedado acreditada una conducta prohibida por el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la utilización de la factura de los clientes acogidos a tarifa de último recurso para direccionarlos a los Puntos de Servicio vinculados con la comercializadora libre perteneciente al mismo grupo empresarial, pudiendo distorsionar de manera significativa la elección de dichos consumidores a favor del propio grupo empresarial y en detrimento del resto de competidores.

Explica que los hechos acreditados demuestran que las comunicaciones de ENDESA XXI a través de sus facturas a clientes acogidos a TUR de electricidad y gas natural se remiten al Punto de Servicio de Endesa para personalizar planes de ahorro en los servicios de calefacción y que durante las campañas de calor desde octubre de 2012 a marzo de 2013 y desde octubre de 2013 a marzo de 2014, ENDESA XXI emitió facturas a clientes acogidos a TUR de electricidad y a TUR de gas natural con mensajes publicitando los servicios ofrecidos por Endesa Energía, la comercializadora libre perteneciente al mismo grupo empresarial. Que con la introducción de dichos mensajes, ENDESA XXI redireccionaba a los clientes a los puntos de servicio vinculados a la comercializadora libre, con los que no había suscrito ningún contrato.

Para llegar a esta conclusión, recuerda que la prohibición del artículo 3 de la LDC exige la concurrencia de dos requisitos:

Que exista un acto de competencia desleal tipificado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), y

Que dicho acto afecte al interés público al falsear la competencia en el mercado.

Dicho lo anterior transcribe el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, que transpuso en España la cláusula general contenida en el artículo 5 de la Directiva de prácticas comerciales desleales, y concluye que las comunicaciones efectuadas por ENDESA XXI a través de las facturas TUR de gas y electricidad son actos de competencia desleal y que afectan al interés público, por lo que se cumplen las condiciones exigidas por el tenor literal del artículo 3 de la LDC.

Afirma que las comunicaciones efectuadas por ENDESA XXI a través de las facturas TUR de gas y electricidad constituyen una conducta desleal, según lo establecido en el artículo 4 de la LCD porque el comportamiento de dicha empresa es contrario a la buena fe ya que, aprovechando la confusión y el escaso conocimiento del consumidor doméstico medio sobre las diferencias y consecuencias entre el suministro en el mercado libre y la comercialización de último recurso o de referencia, ENDESA XXI ha publicitado unos servicios mediante

un canal privilegiado que inducen al consumidor medio a pensar que son proporcionados por ENDESA XXI, cuando en realidad los mismos son ofrecidos por los PSE por cuenta de la comercializadora libre del grupo.

Añade que, además, la empresa comercializadora ENDESA XXI se identifica en las facturas alojando en su parte superior izquierda el logo del grupo y la referencia a la marca "Endesa", dispuestos ambos en un tamaño superior al resto del contenido de la factura. Que esta identificación, que es la primera que el cliente percibe al recibir la factura, induce al cliente a pensar que el "Punto de Servicio Endesa" que se le invita a visitar pertenece a la misma empresa con la que tiene suscrito su contrato de suministro eléctrico. Que ENDESA XXI, mediante la inclusión de la citada publicidad en las facturas a clientes acogidos a TUR de gas y electricidad, pretendía captar consumidores para la comercializadora libre del grupo ENDESA (Endesa Energía), en detrimento de otras comercializadoras competidoras. Estas comercializadoras no tienen el mismo acceso a estos consumidores. Que el uso del canal privilegiado de comunicación a un colectivo determinado de consumidores, como es la factura TUR, para trasladarles mensajes publicitarios de carácter confuso o capcioso, con el objetivo de redirigirlos hacia los PSE, con los que no se tiene suscrito ningún contrato, es una práctica objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe y diligencia profesional y que por todo ello, ENDESA XXI ha vulnerado la par conditio concurrentium, entendida como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado en el sentido del art. 4 de la LCD, con respecto a otros competidores, que no pueden acceder a este canal de comunicación con el cliente.

Además, considera la CNMC que la conducta de ENDESA XXI distorsiona de manera significativa el comportamiento económico del miembro medio de ese grupo concreto de consumidores por sus peculiaridades, destacando el particular desconocimiento de las características particulares del suministro energético. Explica que el consumidor medio acogido a la comercialización TUR de gas y electricidad ha visto mermada de manera apreciable su capacidad para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa y destacando particular desconocimiento de las características particulares del suministro energético. Explica que el consumidor medio de ese grupo concreto de consumidores recibió un mensaje equívoco y engañoso que publicitaba servicios de otra comercializadora mediante un canal privilegiado al que solo debe razonablemente acceder ENDESA XXI, como empresa que le provee el servicio y le emite la factura TUR. ENDESA XXI, con esta conducta, incidía en que el comportamiento económico de dicho consumidor se modificara de una manera "que de otro modo no hubiera tomado".

Añade también que ENDESA XXI era consciente de la vulnerabilidad de dichos consumidores y que su conducta era susceptible de distorsionar de forma significativa su comportamiento.

Por todo lo expuesto se concluye que ENDESA XXI ha obstaculizado la posibilidad de los demás comercializadores de competir por estos consumidores, y la posibilidad de que estos encontraran mejores alternativas de suministro, distorsionando la competencia en un mercado de gran relevancia para el consumidor por ser un servicio de primera necesidad.

Considera, además la CNMC que la afectación del interés público por falseamiento de la competencia se produce porque la conducta infractora es muy relevante, por la condición de servicio esencial del suministro eléctrico y de gas, de gran relevancia para el consumidor, al tratarse de un servicio de primera necesidad, por la posición de la empresa en el sector eléctrico y de gas y por el alcance masivo de las comunicaciones publicitarias.

TERCERO. - Di sconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

1.- invalidez de la Resolución recurrida por no haber acreditado la CNMC que la conducta que se le imputa haya afectado al interés público al falsear la competencia en el mercado.

Recuerda que es indispensable, para declarar la comisión de la infracción tipificada por el art. 62.3.c) de la LDC, en relación con el 3 del mismo cuerpo normativo, la efectiva existencia de un falseamiento de la competencia causado por el acto de competencia desleal y que, en el presente caso, no se ha acreditado tal falseamiento por la CNMC. A estos efectos se remite al Informe pericial obrante en el expediente.

2-Invalidez de la Resolución recurrida por no haber acreditado la CNMC que exista un acto de competencia desleal tipificado en la LCD.

3-Subsidiariamente, invalidez de la Resolución recurrida en cuanto fija la cuantía de la sanción en 5.500.000 euros, por vulneración del principio de proporcionalidad, por falta de motivación suficiente y por omisión, en sentido sustantivo, del trámite de audiencia.



4- Invalidez del apartado Tercero de la parte dispositiva de la Resolución recurrida, que intima por la que se intima a la recurrente para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución. Vulneración del principio de tipicidad.

El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación.

CUARTO. -La sanción impuesta a la recurrente tiene por base legal el artículo 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia que sanciona «los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

Recordemos que son tres los requisitos que han de concurrir para que una conducta sea sancionable con arreglo al citado precepto, a saber:

- 1) Existencia de un ilícito desleal;
- 2) Falseamiento de la libre competencia; y,
- 3) Afectación del interés público de la libre competencia.

Estos tres elementos son cumulativos e independientes entre sí.

Debemos, por tanto examinar si efectivamente está acreditada la existencia de un acto de competencia desleal y que la comisión de ese acto de deslealtad afecta al interés público protegido por la ley de Defensa de la Competencia; interés público que se residencia en la instauración, el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de una competencia efectiva y no falseada en el mercado.

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal:

"1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) *La selección de una oferta u oferente.*
- b) *La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) *El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) *La conservación del bien o servicio.*
- e) *El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal".

Dicho lo anterior, convenimos con la resolución sancionadora en que la conducta de ENDESA XXI es incardinable en el artículo 4.1 LDC por cuanto que, como se explica en la resolución sancionadora: "(...) el mensaje incluido en los recibos es claramente susceptible de inducir a error a sus destinatarios, teniendo en cuenta las características de estos en el contexto del sector energético.

El contenido del mensaje publicitario en el que se anima al cliente a ahorrar "con nuestras propuestas y disfrute del calor en su hogar" resulta equívoco y tendente a afectar de forma capciosa a la decisión que pueda adoptar el consumidor.

La razón es que no se ofrecen consejos de ahorro y eficiencia energética a los clientes a TUR de ENDESA XXI a los que iban dirigidos, como parece deducirse del literal del mensaje publicitario, sino que se publicita un servicio específico de la comercializadora libre del grupo. Además, en los citados mensajes publicitarios, se anima explícitamente al consumidor a informarse en su PSE, dependiente contractualmente de la comercializadora libre del grupo, o en la web de Endesa, que es común a las comercializadoras libre y CUR o de referencia.

De esta manera, se induce al consumidor a pensar que el citado mensaje y las propuestas referidas en el mismo son ofrecidos por su comercializadora de último recurso o de referencia. Esto genera una situación más favorable a la contratación ulterior del servicio publicitado y con ello el redireccionamiento de clientes a TUR hacia la comercializadora libre del grupo Endesa.

Por otra parte, aunque la regulación del sector eléctrico y gasista no establecía los contenidos que estrictamente debían incluirse en la factura a TUR de gas y electricidad, eso no excluye que el acceso a los clientes mediante la factura TUR sea un medio privilegiado de comunicación del suministrador de último recurso o de referencia con el cliente. Mediante el uso de este canal privilegiado, Endesa XXI hace publicidad del PSE, beneficiando a la comercializadora libre del grupo Endesa, con mensajes capciosos que induzcan al cambio en el tipo de contrato, sin que los consumidores sean conscientes de ello.

Este modus operandi tiene el objetivo de que la comercializadora libre capte clientes acogidos a la CUR del grupo restringiendo la competencia para aquellas empresas que compiten con Endesa Energía. ENDESA XXI, mediante el diseño, la redacción y la presentación del citado mensaje publicitario tiene la capacidad de "mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico (en este caso en relación con la selección de una oferta u oferente), que de otro modo no hubiera tomado", como señala el art. 4 de la LCD .

La utilización de una vía privilegiada como es la factura TUR, no disponible a otras comercializadoras competidoras de gas y electricidad, para este objetivo vulnera la par conditio concurrentium con respecto a otros competidores, que no pueden acceder a dicho canal de comunicación al cliente. La utilización de este canal es, por ello, contraria a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores. El hecho de que la CUR/COR haya redireccionado a sus clientes hacia la comercializadora libre del grupo de forma indirecta a través de los PSE es indiferente a efectos del objetivo, puesto que el efecto sobre el consumidor final es el mismo que si la redirección se hubiera producido directamente de la CUR/COR a la comercializadora libre.

La publicidad va dirigida a un grupo concreto de consumidores en una particular situación de inferioridad en los mercados de energía Según establece la normativa sectorial, los clientes acogidos a la TUR de gas y electricidad, actualmente PVPC en electricidad, son susceptibles de ser suministrados por una comercializadora de último recurso de gas o comercializadora de referencia de electricidad a un precio minorista regulado. Esta especialidad se concibe por las características particulares de dichos clientes que tienen una demanda reducida y poco elástica al precio, alta estacionalidad y elevados costes de búsqueda de ofertas. ENDESA XXI tiene, por tanto, una obligación de suministro a dichos clientes a PVPC de electricidad y TUR de gas natural.

En este sentido, los clientes afectados por la conducta de ENDESA XXI serían clientes domésticos sobre los que, por sus ya mencionadas características, la regulación determina una especial protección en su suministro de electricidad y gas natural .

Dadas las citadas características de dichos clientes, en particular los elevados costes de búsqueda de ofertas, las comunicaciones en relación con la factura de electricidad y de gas natural son un canal especialmente efectivo para hacer publicidad de servicios que ofrecen los comercializadores de gas natural y electricidad. Además, una relevante parte de dichos consumidores son heredados de la distribuidora a tarifa del grupo, quien les suministraba antes del proceso de liberalización. Estos consumidores tienen una clara inercia a mantenerse en el mismo grupo empresarial en el que han estado siempre, siendo más susceptibles de ser captados por la comercializadora libre del mismo grupo empresarial que por la de un competidor alternativo.

Por tanto, los consumidores a quienes iba dirigida la práctica de ENDESA XXI, son un grupo concreto de consumidores dentro de los consumidores domésticos de gas y electricidad, para los que la normativa sectorial prevé medidas de especial protecciónel destinatario de la conducta son los consumidores que, por sus características propias, son susceptibles de responder a un mensaje publicitario recibido en su factura, sin conocer las verdaderas implicaciones que conlleva".

Y continúa señalando la Resolución que " Partiendo del evidente desconocimiento que tiene el consumidor TUR medio acerca del sector energético, no es razonable pensar que cuando reciba un mensaje publicitario en su



factura TUR, que remita al Punto de Servicio de Endesa, piense que se le va a ofrecer un servicio de otra empresa. Más aún cuando el nombre es muy similar y se emplea el mismo logo para identificarse, tal y como se apunta en la reciente decisión jurídicamente vinculante (DJV/DE/001/18), aprobada por Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 6 de septiembre de 2018, que hace referencia a la confusión generada por el hecho de que las COR/CUR y las comercializadoras libres de un mismo grupo empresarial tengan denominaciones sociales e imágenes de marca idénticos o muy parecidos". El mensaje, pues claramente induce a error a su destinatario. Y añade que la práctica va dirigida a explotar la confusión del consumidor y no a que estos se hayan cambiado de comercializador mediante engaño: "No se afirma que los consumidores hayan cambiado de la CUR/COR a la comercializadora libre mediante engaño, sino que existe comportamiento engaño en la redirección a los PSE, que no tienen ningún tipo de relación contractual con la empresa que emite el mensaje publicitario. Estos PSE tienen como principal objetivo captar clientes por cuenta de Endesa Energía, sin que el consumidor doméstico medio sea consciente de ello."

QUINTO.- También estimamos que concurre la afectación al interés público que caracteriza el falseamiento de la libre competencia en la descripción de la infracción del artículo 3 LDC

La resolución sancionadora fundamenta la afectación al interés público de las actuaciones enjuiciadas, atendiendo a los siguientes criterios: (i) A quién realiza las conductas; (ii) A quién afectan dichas prácticas; (iii) El alcance de las mismas, y (iv) Las características particulares de los mercados en las que se llevan a cabo.

Así las cosas, en el caso examinado la existencia del falseamiento de la competencia afectante el interés público resulta acreditada por los siguientes datos:

1- Ser ENDESA XXI un comercializador de referencia y de último recurso por lo que debe cumplir con determinados requisitos previstos en la legislación sectorial, que a su vez le permite acceder al segmento de consumidores domésticos que, por sus características especiales, están protegidos mediante algunos mecanismos especiales como los precios finales regulados.

2- La conducta desleal desplegó efectos fundamentalmente sobre los consumidores del mercado eléctrico, pero también sobre otros competidores de ENDESA XXI incapaces de replicar el canal de comunicación seleccionado por ENDESA XXI y por tanto incapaces de aproximarse de una forma igual de efectiva a ese grupo de consumidores que dicha conducta provocó un falseamiento de la competencia. Como se recoge en la resolución sancionadora, la normativa sectorial permite a ENDESA XXI determinadas actuaciones que no permite al resto de operadores que no son CUR. Y así, la realización de una conducta desleal sobre la base de la emisión de una Factura TUR, que solo puede ser emitida por determinados operadores tiene, sin duda, un mayor impacto en el funcionamiento del mercado y en el interés público protegido.

3- El alcance masivo y de forma repetida en el tiempo de la campaña publicitaria ya que se enviaron un total de 6 millones de facturas, lo que implica que más de un 70% de los clientes de ENDESA XXI recibieron las comunicaciones objeto del expediente. Como explica la resolución recurrida, aunque el porcentaje de consumidores afectados según el informe pericial puede parecer pequeño, es superior a la cuota de muchos comercializadores que no tienen acceso al canal privilegiado que supone la factura TUR, es decir, el canal empleado por ENDESA XXI para tratar de redirigir a sus consumidores hacia los PSE (en 2014, sobre un total de 32 comercializadoras de electricidad, contando CUR y libres, solo 15 tenían una cuota superior al 0,25%). y que un pequeño porcentaje de consumidores de la mayor comercializadora tiene un impacto decisivo sobre el mercado.

En definitiva, como también se recoge en la resolución combatida, la afectación al interés público se produce porque una empresa con las características analizadas y en un sector vital importancia para el consumidor contribuye con su campaña a confundir y explotar a un consumidor particularmente confundido y, por ello, protegido. La práctica de ENDESA incide en atacar una importante condición de competencia del mercado como es la formación de una decisión libre e informada por parte del consumidor, utilizando un canal de comunicación no replicable por la mayoría de empresas del sector. Con ello, se beneficia y contribuye a la explotación de un consumidor con unas características que merecen protección por la legislación sectorial, independientemente de los efectos exclusionarios de la práctica. El impacto sobre esa confusión es muy relevante en los mercados del sector energético

En definitiva, se concluye que, en las circunstancias concurrentes, medidas encaminadas a la explotación de la confusión del consumidor suponen un falseamiento de la competencia que merece un reproche de interés público, afirmación que compartimos, por cuanto, que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado, la protección de la libre decisión de los consumidores para elegir su proveedor de energía tiene un interés público.

Por lo demás, como explica el Abogado del Estado, la acreditación de un falseamiento de la competencia que afecte al interés público no exige acreditar necesariamente un cambio de cuota en el mercado minorista o

el número exacto de consumidores domésticos que se han traspasado a la comercializadora libre desde la comercializadora regulada como pretende ENDESA XXI en su escrito de demanda.

Y esta afirmación no resulta desvirtuada por el informe pericial aportado por la recurrente por cuanto que, como se recoge en la Resolución impugnada, *" aunque, por ejemplo, en el último trimestre se incrementara la tendencia descendente en la cuota de mercado de Endesa Energía, no se puede concluir por ello que la campaña no tuvo ningún impacto en el mercado. Esto se debe a que no es posible descartar que en ausencia de la misma la tendencia no hubiera sido todavía más decreciente. De forma análoga, tampoco sería correcto concluir que, si se hubiera observado una subida en la cuota de mercado en los meses de la campaña, ésta se habría debido en su totalidad a la campaña "*.

Convenimos también en que no cabe apreciar vulneración de la presunción de inocencia ya que la CNMC respondiendo a una alegación de ENDESA XXI en el procedimiento administrativo sobre la utilización del dato del número de clientes que directamente han cambiado a la comercializadora libre tras utilizar los servicios del PSE para fundamentar la afectación al interés público de la conducta desleal, se limita a manifestar que *"quien alega este criterio es quien debe probarlo; que el citado dato carece de sentido para acreditar la afectación al interés público por falseamiento de la competencia en el caso examinado y que si ENDESA lo hubiera probado con el rigor suficiente es cuando dicho criterio hubiera podido ser relevante."*

En definitiva, no ha fundamentado la resolución impugnada el falseamiento de la competencia afectante al interés público en el dato del número de clientes que cambiaron a la comercializadora libre tras recibir el mensaje publicitario.

SEXTO.- Por cuanto se refiere a las alegaciones contenidas en la demanda sobre la necesidad de acreditar que la afectación de la conducta desleal sobre la libre competencia sea efectiva, cumple manifestar que, ni del tenor literal, ni del elemento sistemático de interpretación cabe concluir que la expresión falseamiento de la libre competencia del vigente artículo 3 de la LDC no incluya conductas que tengan la aptitud para falsearla. Así las cosas, basta demostrar la aptitud de la conducta para producir el mencionado efecto lesivo del interés público.

Como explica el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, la Sala 3ª del Tribunal Supremo no se pronuncia sobre si el vigente artículo 3 debe distorsionar la competencia o tener la aptitud para ello. Es cierto que en dicha sentencia parece construirse un requisito de que hay que acreditar "intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia", pero también lo es que el artículo que se estaba interpretando en dicha sentencia era el artículo 7 de la Ley 16/1989, en su redacción vigente desde el 29 de marzo del 2000. Dicho lo anterior, debemos recordar que la exposición de motivos de la Ley 52/1999 que modificó la Ley 16/1989 señalaba que "la aprobación con posterioridad a la Ley 16/1989 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, aconseja establecer claramente que la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo". Así, la reforma del artículo 7 por la Ley 52/1999, precisamente modifica la redacción de la Ley 16/1989 desde "falsear de manera sensible la competencia" a "distorsionar gravemente las condiciones de competencia".

Pues bien, las dos novedades significativas más importantes en relación con la redacción del vigente artículo 3 son su adaptación a la STC 208/1999 que otorgó competencias a los órganos autonómicos de defensa de la competencia y el hecho de que se eliminan los adjetivos que describían el estándar de falseamiento o distorsión de las conductas desleales para constituir una infracción de la LDC. Además, lo que se construía como dos requisitos adicionales a la conducta desleal perfectamente diferenciados parecen convertirse en único requisito la afectación al interés público porque hay falseamiento de la libre competencia. Por tanto, una interpretación histórica del artículo 3 conduce necesariamente a señalar que la actual redacción del artículo 3 es la que menor exigencia de efectos sobre el mercado requiere para que la conducta se incluya en el tipo sancionador. La modificación introducida en 2007 viene a poner el foco en el interés público y no tanto en el estándar de agravamiento de efectos necesarios para la aplicación de la LDC.

En este sentido, la norma de competencia desleal protege el interés privado de los competidores, mientras que la norma de defensa de la competencia protege el buen funcionamiento del mercado en su conjunto, incluidos los consumidores finales y la libre formación de su criterio para elegir su proveedor de luz y electricidad.

Esta posición se refuerza teniendo en cuenta que en la STS de 3 de febrero de 2017 (Iberdrola Sur) que sibien sí que se refirió a una infracción vigente del actual artículo 3 de la LDC, sin embargo, resolvió que : *"en el presente caso, no es necesario entrar en el debate que propone la parte recurrente sobre si la conducta infractora del*

artículo 3 LDC incluye además de los actos desleales que falseen la competencia, aquellos otros con aptitud para ello por ser innecesario en dicho caso".

Así las cosas, de esta Sentencia no cabe concluir que sea necesario un efectivo falseamiento de la libre competencia como afirma ENDESA XXI en su escrito de demanda, sino que la única conclusión posible de dicha sentencia es que es una situación abierta y no aclarada.

Tampoco la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018 (Ascensores OTIS), avala la afirmación de la recurrente. A tenor de la misma, la afectación al interés público no solo se acredita por la "entidad de la conducta", es decir, por sus efectos en el mercado, sino también por *"las circunstancias concurrentes en su realización -, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes- permitan afirmar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público"*.

Así las cosas, en el caso examinado han quedado acreditados los presupuestos exigidos en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia en la conducta de ENDESA XXI.

SÉPTIMO.- Opone la recurrente, la invalidez de la Resolución recurrida en cuanto fija la cuantía de la sanción en 5.500.000 euros. Denuncia la vulneración del principio de proporcionalidad, y la falta de motivación de la sanción impuesta.

Respecto de la falta de motivación suficiente, se argumenta que la Resolución se limita a mencionar de los mercados afectados, pero nada dice sobre su dimensión y sus características desde la concreta perspectiva de la cuantificación de la sanción.

En cuanto a la duración de la infracción, que la Resolución se limita a constatar que abarca desde octubre de 2012 hasta marzo de 2013 y desde octubre de 2013 hasta marzo de 2014, pero sin expresar, más allá de la constatación de tal hecho, cuál es la valoración que merece a la CNMC la duración desde la concreta perspectiva del quantum sancionador.

Añade que se omite toda valoración de los criterios a los que se refieren las letras e) ("efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos") y f) ("beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción").

Y, para terminar, denuncia la vulneración del trámite de audiencia por cuanto que nada se dice en la Resolución sobre la razón por la que se rechazan las alegaciones relativas a:

- (i) la incorrecta valoración del volumen de negocios de ENDESA XXI relevante a los efectos de aplicar el tipo sancionador conforme al artículo 63 de la LDC),
- (ii) los mercados supuestamente afectados por la supuesta infracción),
- (iii) la no valoración por la CNMC, como elemento de minoración de responsabilidad, del hecho de que no se ha acreditado que la conducta investigada haya tenido efectos sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos),
- (iv) el supuesto beneficio ilícito obtenido y
- (v) la significación de la STS Iberdrola SUR a efectos de determinar la sanción).

OCTAVO. -Para dar respuesta a este motivo de impugnación, cumple recordar que la resolución sancionadora fundamenta la sanción de 5.500 euros que impone a ENDESA XXI en los siguientes términos:

-La determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciado con su sentencia de 29 de enero de 201562, que son, en esencia, los siguientes:

-Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse.

-En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen"

-Sobre la base de estas premisas, la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al diez por ciento (el cinco por ciento en el caso de una infracción grave) del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución.

-Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007. 2. Criterios para la determinación de la sanción

-La conducta sancionada consiste en la utilización por parte de ENDESA XXI de la factura de los clientes acogidos a la tarifa de último recurso para direccionarlos a los Puntos de Servicio vinculados con la comercializadora libre perteneciente al mismo grupo empresarial, distorsionando la elección de los consumidores a favor del grupo empresarial en detrimento de sus competidores.

-Se trata por tanto de una infracción grave del artículo 3 LDC, que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en 2018, que es el año inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.b).

-El volumen de negocios total de ENDESA XXI en el año 2018 ascendió a 2.629,979 millones de euros.

-La sanción que corresponde imponer a ENDESA XXI debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionados en el apartado anterior. En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la conducta ha tenido lugar en los mercados de i) suministro de gas natural a clientes domésticos, ii) suministro de electricidad a clientes domésticos, y iii) servicios adicionales al suministro de electricidad y gas natural a clientes domésticos. La cuota de mercado de ENDESA XXI (art. 64.1.b) durante la conducta fue (i) en el mercado de suministro de electricidad a clientes domésticos, el 40,1% en términos de número de clientes y el 42,1% en términos de energía suministrada; (ii) en el mercado de suministro de gas natural a clientes domésticos, el 16,2% en términos de número de clientes y el 14,2% en términos de energía suministrada; y (iii) en el mercado de prestación de servicios de mantenimiento de calderas de gas a clientes doméstico-comerciales, el 12,6%. Estas cuotas no experimentaron apenas variación desde 2012, año en el que se iniciaron las prácticas.

-El alcance geográfico de la infracción (art. 64.1.c) es nacional con afectación al comercio intracomunitario.

-La duración de la infracción (art. 64.1.d) abarca desde octubre de 2012 hasta marzo de 2013 y desde octubre de 2013 hasta marzo de 2014.

-No se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64.1.g).

-El tipo sancionador que correspondería imponer según la gravedad y características de la infracción de acuerdo con los anteriores criterios debería fijarse dentro del arco sancionador que discurre entre el 0% y el 5% del volumen de negocios total de la empresa. Como reconoce la recurrente, queda fijado en el 0,2%, aun cuando no se consigna de forma expresa en la resolución.

-De acuerdo con las circunstancias descritas, considera apropiado imponer una sanción proporcional y suficientemente disuasoria que, de acuerdo con las resoluciones previas y con la entidad de la infracción, se fija en una cuantía de 5.500.000 euros.

Así las cosas, puede decirse que las consideraciones que anteceden demuestran que la cuantificación de la sanción se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación.

Recordemos que la falta de detalle aritmético sobre las concretas ponderaciones de los criterios de valoración analizados no supone, en absoluto, falta de motivación, como ha indicado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/Comisión).

NOVENO.- Por lo demás, deben ser desestimadas las alegaciones que denuncian la vulneración del principio de proporcionalidad por cuanto que como se recoge en la Resolución recurrida, dado que el volumen de negocios total de la demandante es tan elevado (más de 2.629 millones de euros) , incluso un tipo sancionador del 1%, en la parte inferior del arco sancionador y muy inferior al que correspondería imponerle, resultaría en una multa de 26,2 millones de euros, determinando una sanción claramente desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la infracción y en comparación con los precedentes.

Por tanto, se consideró que en este caso resultaría más apropiado imponer una sanción proporcional y suficientemente disuasoria, de acuerdo con los precedentes y con la entidad de la infracción, que se fijó en una cuantía de 5.500.000 euros. Esta sanción representa un 0,2% del volumen de negocios total de la infractora en 2018.

DÉCIMO.- Por lo demás, no apreciamos que se haya vulnerado el trámite de audiencia por falta de respuesta expresa a las alegaciones de la recurrente relativas a la incorrecta valoración del volumen de negocios de ENDESA XXI relevante a los efectos de aplicar el tipo sancionador conforme al artículo 63 de la LDC, a los mercados supuestamente afectados por la supuesta infracción y a la no valoración por la CNMC, como



elemento de minoración de responsabilidad, del hecho de que no se ha acreditado que la conducta investigada haya tenido efectos sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; el supuesto beneficio ilícito obtenido y la significación de la STS Iberdrola SUR a efectos de determinar la sanción.

En primer lugar, debemos recordar la doctrina constitucional elaborada en torno a la trascendencia de los defectos formales que exige la producción de una verdadera indefensión para que se dé lugar a la anulación del acto en el que se denuncia su incidencia.

Partiendo de la expresada doctrina, en el caso examinado no aprecia la Sala vicio alguno de forma que pudiera invalidar la resolución recurrida.

Dicho lo anterior, cumple manifestar que:

-Respecto del volumen de negocio relevante a efectos de aplicar el tipo sancionador, el artículo 63 de la LDC claramente se refiere a volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la infracción y que el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015, establece que la expresión "volumen de negocios total" en la LDC, la cifra que ha de tomarse como base para la determinación de la sanción es aquella que aparezca reflejada en las cuentas anuales de la empresa sancionada, y no solamente la parte de la facturación de la empresa correspondiente al mercado afectado por la infracción

Respecto de los mercados afectados, la recurrente se ha limitado a cuestionar su delimitación a efectos de determinar la sanción, pero no ha impugnado en sede jurisdiccional dicha delimitación.

-Por lo que se refiere a los efectos de la conducta y al beneficio ilícito obtenido por ENDESA XXI nos remitimos a lo ya resuelto sobre que el artículo 3 de la LDC no exige acreditar que la afectación de la conducta desleal sobre la libre competencia sea efectiva, bastando simplemente con que sea apta para ello, como acontece en el caso examinado. .

Por lo demás, como ya hemos recogido, la sanción que hubiera resultado de la aplicación de ellos criterios recogidos en la LDC ha sido reducida a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en el caso y entre ellas, la duración de la infracción.

Para terminar, los pronunciamientos jurisdiccionales anteriores no proyectan las consecuencias pretendidas por la recurrente a la hora de cuantificar una concreta sanción.

UNDÉCIMO.- Finalmente, se opone en la demanda la invalidez del apartado Tercero de la parte dispositiva de la Resolución recurrida, que intima a la recurrente para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución por resultar incompatible con las exigencias de tipicidad propias del ámbito sancionador administrativo.

El motivo ha de ser desestimado por cuanto que dicha intimación no tiene naturaleza sancionadora por lo que no vulnera del principio de tipicidad.

Tampoco vulnera el principio de legalidad toda vez que su finalidad no es otra que la de, precisamente, restablecer dicho principio en materia de defensa de la competencia, que ha resultado vulnerado por la conducta sancionada, impidiendo que se perpetúen conductas lesivas en el derecho de la competencia.

En cualquier caso, se trata de un pronunciamiento meramente declarativo, al que no se asocia ninguna consecuencia inmediata.

DUODÉCIMO.- Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. María Del Rosario Victoria Bolívar, en nombre y representación de **ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U.**, contra la Resolución de 20 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en el marco del Expediente S/DC/0552/15 AGIC, por la que se le declara responsable de una infracción grave conforme al artículo 62.3.c), de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3, , imponiéndole la sanción de 5.500.000 euros, y se le intima para que en el futuro se abstenga



de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ