

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VSNC/0018/11, ENDESA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 19 de mayo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VSNC/0018/11, ENDESA cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 (recurso 498/2014) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2013 (recurso 242/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. (en adelante ENDESA) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de abril de 2012 (Expediente SNC/0018/11, ENDESA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 26 de abril de 2012, en el expediente SNC/0018/11, el Consejo de la CNC acordó:

“PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, expediente 606/05, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U.

SEGUNDO.- Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. una sanción de 1.037.900€.

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

2. Con fecha 27 de abril de 2012 le fue notificada a ENDESA la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (242/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 3 de julio de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta condicionada a la aportación de garantía por importe de 1.037.900 €, que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2012.
4. Mediante Sentencia de 5 diciembre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (242/2012) interpuesto por ENDESA contra la Resolución de 26 de abril de 2012, en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación (498/2014).
5. Con fecha 27 de febrero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y manteniendo la estimación parcial acordada por la Audiencia Nacional en cuanto a la multa impuesta, ordenándose su recálculo aunque difiriendo de la Sala de instancia en los criterios a aplicar en la cuantificación de la nueva sanción.
6. Con fecha 9 de febrero de 2016, la Dirección de Competencia, en el marco del expediente VSNC/0018/11, requirió a ENDESA la aportación de información sobre su volumen de negocios total, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011 (folios 78 y 79).
7. ENDESA presentó escrito de contestación el 24 de febrero de 2016 (folios 80 y 81) señalando, entre otros extremos, que su facturación total en España, en el ejercicio 2011, ascendió a 2.492.092.000 €.
8. Es interesado: ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 19 de mayo de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo*

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

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

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 26 de abril de 2012, dictada en expediente SNC/0018/11, impuso una multa de 1.037.900 € a ENDESA. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho Tribunal fue casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por ENDESA, en cuanto a la nulidad de la multa impuesta, si bien ordenando el recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiere de los expuestos por la Audiencia Nacional.

La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 242/2012), que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la interpretación que en ella se hace de la expresión “volumen de negocios” inserta en el artículo 63.1 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia.

2.- Procede mantener la estimación parcial acordada por la Sala de instancia del recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de abril de 2012 (expediente sancionador 606/05 Asinem-Endesa), en cuanto dicha sentencia anula la sanción de multa impuesta y ordena a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación

debidamente motivados, sobre el volumen de negocios del año 2011, especificando que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en el fundamento segundo de esta sentencia”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 26 de abril de 2012

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a ENDESA hay que partir de los hechos acreditados que se le imputan en la Resolución de 26 de abril de 2012, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y que no se ven afectados por el carácter parcialmente estimatorio de la sentencia del Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- Con fecha 14 de diciembre de 2006 el TDC dictó Resolución en el expediente sancionador 606/05, ASINEM-ENDESA, confirmada en primera instancia mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2008 y en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011, en la que se condenaba a ENDESA por una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, consistente en un abuso de posición de dominio en el mercado conexo de instalación, aprovechando su posición de dominio como distribuidor único en la isla de Mallorca.
- La conducta realizada por ENDESA, ratificada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 2011, habría consistido en aprovechar la circunstancia de tener que cumplir con sus obligaciones de información técnica a los usuarios que solicitan un nuevo suministro o la ampliación del existente, como único distribuidor en Mallorca, para ofrecer presupuestos para las obras de extensión de instalaciones en las que actúa en competencia con otros instaladores autorizados.

Como señala el Tribunal Supremo, "Tal como se expone con toda claridad en la Sentencia impugnada la posición privilegiada de distribuidor eléctrico único en la isla obliga a la recurrente a no aprovecharse de dicha posición, separando nítidamente su posición dominante como distribuidor, bajo cuyo título está obligado a proporcionar a los usuarios determinada información técnica, de su participación en competencia con otros instaladores en el mercado de realización de las obras de extensión y acometida".

- ENDESA ha incumplido la Resolución de 14 de diciembre de 2006 del TDC, en la medida en que no cesó en su conducta y siguió aprovechando la información privilegiada que tiene como distribuidor para ofertar la ejecución de las instalaciones de extensión, a pesar de los cambios acometidos, ya que como dice la Audiencia Nacional, en su sentencia de 5 de diciembre de 2013, *“ninguno de estos dos cambios implica la cesación de la conducta en su día sancionada, pues en ninguno de ellos se evita que haya empleado su posición privilegiada como distribuidor para hacer llegar a los clientes, directa o indirectamente, su oferta. Efectivamente y como ocurría con carácter previo a la Resolución de 2006, ENDESA recibe las solicitudes de instalaciones de red en su calidad de distribuidor para la Isla de Mallorca y obtiene con ello una información de alto valor comercial para competir en el mercado de instalaciones de extensión no reservadas al distribuidor y hace de uso de ello de una forma y en unas condiciones que no son replicables por ningún instalador”*.
- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución de 26 de abril de 2012, ENDESA incumplió el resuelve tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, expediente 606/05, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 26 de abril de 2012 motivó la determinación de la multa sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD Quinto de la resolución):

- Naturaleza de la conducta: Se sanciona el incumplimiento del Resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 (orden de cesación de la conducta). Dicho incumplimiento afecta al mercado de las instalaciones no reservadas, en la Isla de Mallorca.

Durante el período investigado (2006 a 2010), el porcentaje de acometidas de ejecución obligatoria por el cliente a las que ENDESA ha enviado un presupuesto de ejecución que ha sido finalmente aceptado, y por tanto ejecutado en todo o en parte por ENDESA, ha sido:

- o 46,38% en 2006
 - o 59,79% en 2007
 - o 44,67% en 2008
 - o 44,93% en 2009
 - o 42,67% en 2010
- Duración de la conducta: El incumplimiento se ha extendido durante un periodo prolongado de tiempo, desde que la Resolución fue notificada en diciembre de 2006, hasta, al menos, noviembre de 2010.

- El Consejo consideró además que el Tribunal Supremo ratificó la sanción de 900.000 € que el TDC impuso a ENDESA en la Resolución de 2006 por desarrollar esta conducta durante el periodo 2002-2004.
- Atenuantes y agravantes: No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes.
- Porcentaje aplicado (%): El Consejo consideró proporcionado imponer una sanción equivalente al 5% del volumen de negocios de ENDESA en el mercado de las instalaciones no reservadas en la Isla de Mallorca desde 2007 a noviembre 2010 (20.758.000 €), lo que supuso una sanción de 1.037.900 €.

La multa así calculada supuso una multa del 0,041% de su volumen de negocios total en 2011, ejercicio anterior al de la resolución.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

La Sentencia de 27 de febrero de 2015 del Alto Tribunal, en su Fundamento de Derecho Segundo, reproduce las consideraciones expuestas en su Sentencia de 29 de enero de 2015. Cabe señalar que en el caso que nos ocupa no se sanciona una conducta prohibida por artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, sino una infracción del artículo 62.4.c de la citada ley, esto es, incumplir una previa resolución del Consejo. Por ello, la multa aquí calculada no obedeció a la aplicación de la Comunicación de multas, cuya metodología subyace en la sentencia de 29 de enero y es, en definitiva, declarada contraria a los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007. No obstante, la multa se calculó aplicando un porcentaje (5%) a una base monetaria con la que se identificó el alcance de la conducta infractora (volumen de negocios de ENDESA en el mercado de las instalaciones no reservadas en la Isla de Mallorca de 2007 a noviembre de 2010).

En todo caso, teniendo en cuenta la interpretación dada por el Tribunal Supremo sobre los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 en su sentencia de 29 de enero de 2015, el proceso de determinación de la multa deberá ajustarse a las siguientes premisas:

- 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.
- 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, viene determinado, según el artículo 63.1 de la LDC, al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *“a) La dimensión y*

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

3.3. Criterios generales para la determinación de la sanción a ENDESA

La infracción que acredita la Resolución de 26 de abril de 2012 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable ENDESA es una infracción muy grave (art. 62.4.c) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 24 de febrero de 2016 ENDESA ha presentado su facturación total, relativa al año 2011, siendo esta de 2.492.092.000 € (folio 80).

Teniendo en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 26 de abril de 2012 (SNC/0018/11), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado por el incumplimiento, tal y como se ha señalado, es el de las instalaciones no reservadas en la Isla de Mallorca, mercado conexo al de distribución, en el que ENDESA ostenta el monopolio como distribuidor único en la isla de Mallorca.

Durante el período en el que se ha producido el incumplimiento, 2007 a 2010, el porcentaje de acometidas de ejecución obligatoria por el cliente a las que ENDESA ha enviado un presupuesto de ejecución que ha sido finalmente aceptado, y por tanto ejecutado en todo o en parte por ENDESA, ha sido del 45% de media.

De acuerdo con la información que fuera aportada por ENDESA en su escrito de 29 de noviembre de 2010 en el marco del expediente de vigilancia principal (VS/0606/05, folio 193), y que se recoge en la tabla de la página 7 de la Resolución de 26 de abril de 2012 adoptada en el marco del expediente SNC/0018/11, la facturación obtenida por Endesa por la ejecución de las instalaciones de extensión no reservadas a la distribuidora, sería la siguiente:

FACTURACIÓN POR EJECUCIÓN DE INSTALACIONES DE EXTENSIÓN NO RESERVADAS (€)¹			
2007	2008	2009	2010 (Hasta el 5 noviembre de 2010)
[...]	[...]	[...]	[...]

En consecuencia, la facturación de ENDESA en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 20.758.000 €. Por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64, letras a) y c), esta cifra desvela la magnitud monetaria de la actividad de ENDESA dentro de la que tuvo lugar la conducta antijurídica sancionada mediante resolución de 26 de abril de 2012.

Cabe también tomar en consideración la duración de la misma (cuatro años) como criterio de graduación previsto en la letra d) del artículo 64 de la LDC.

Sin embargo, respecto a la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, hay que tener en cuenta que aunque un determinado porcentaje sancionador (dentro de la escala del cero al diez por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora) fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, particularmente cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción y, por lo tanto, en la que la proporción de ingresos “afectados” por la conducta es relativamente menor respecto de su facturación total que respecto de otras empresas.

Por lo tanto, por un lado la gravedad de la conducta (muy grave según el artículo 62.4.c) de la LDC), el alcance económico de la misma, el perjuicio a los consumidores y su duración, conducirían a un tipo sancionador en el tramo superior de la escala sancionadora. Por otro lado, el carácter multiproducto de la entidad sancionada, unido al hecho de que la sanción se impone sobre la base de su facturación total, conlleva limitar el tipo sancionador de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Como este principio exige atender a la específica dimensión del mercado afectado, la combinación de todos los factores mencionados aconseja situar en este caso el tipo sancionador en el tramo bajo del arco sancionador previsto en la LDC.

Así, teniendo en cuenta que el volumen de negocios de ENDESA en el mercado afectado representa únicamente un 1,04% del volumen de negocios total de la empresa en 2011 –lo que confirma que se trata de una empresa con una amplia actividad en mercados distintos de los afectados por la infracción–, y que el volumen del mercado afectado es de 20.758.000, la Sala considera que el ajuste de proporcionalidad (realizado según una estimación prudente del beneficio ilícito potencial) lleva a situar el

¹ La tabla incluye los ingresos facturados por instalaciones destinadas a nuevos suministros (incluyendo acometidas tanto en baja como en alta tensión hasta 36 kV), estando excluidos los derechos de extensión percibidos en los casos en que procedió la aplicación del baremo de extensión.

tramo sancionador en el presente caso como mínimo en torno al 0,2% de su volumen de negocios total en el ejercicio anterior.

Sea como fuere, siendo la multa inicialmente impuesta (1.037.900 euros) igual al 0,041% del volumen de negocios total de ENDESA en el ejercicio 2011, la aplicación del principio de la prohibición de la *reformatio in peius* impone mantener el mismo importe y confirmar el carácter particularmente proporcionado de la multa impuesta a la luz de los criterios expuestos en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2013.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 (recurso 498/2014), que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2013 (Recurso 242/2012), como consecuencia de la infracción declarada en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de abril de 2012 (Expte. SNC/0018/11, ENDESA), la multa de **1.037.900 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.