



Roj: **STS 1962/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1962**

Id Cendoj: **28079130032016100157**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/05/2016**

Nº de Recurso: **872/2014**

Nº de Resolución: **967/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5773/2013,**
STS 1962/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil dieciséis.

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados y la Excm. Sra. Magistrada relacionados al margen ha visto el presente recurso de casación con el número **872/2014** que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Luis Fernando Álvarez Wiese y de la mercantil Unión Fenosa Distribución, S.A., bajo la dirección Letrada de Doña Teresa Olivie Martínez-Peñalver contra la Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo partes recurridas la Procuradora de los Tribunales Doña Paz Santamaría Zapata y de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE), bajo la dirección Letrada de Don Rafael García-Palencia y el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<FALLAMOS.-

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de septiembre de 2011 expediente S/0089/08 que se anula en cuanto al importe de la multa que deberá reducirse al 5% del volumen de negocios que ha realizado Unión Fenosa Distribución SA en el mercado de instalaciones no reservadas desde el año 2004 hasta el comienzo del ejercicio 2010 ponderando el tiempo de infracción conforme a la comunicación de la CNC de cuantificación de sanciones. No se hace condena en costas>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el representante legal de Unión Fenosa Distribución SA interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013 (rec. 579/2011) por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por Unión Fenosa Distribución SA contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de septiembre de 2011 (expediente S/0089/08). La sentencia anula el importe de la multa acordando su reducción al 5% del volumen de negocios que ha realizado Unión Fenosa Distribución SA en el mercado de instalaciones no reservadas desde el año 2004 hasta el comienzo del ejercicio 2010 ponderando el tiempo de infracción conforme a la comunicación de la CNC de cuantificación de sanciones.

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:



1º El primer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , considera que la sentencia de instancia incurre en arbitrariedad al no ofrecer una suficiente y razonable motivación que justifique su fallo y un vicio de incongruencia omisiva al dejar imprejuizados algunos de los elementos esenciales del debate procesal planteado en la instancia, con infracción de los artículos 9.3 , 24 y 120.3 de la CE y 218 de la Ley 1/2000 y los arts. 33 y 67 de la LJ .

Por lo que respecta a la motivación arbitraria considera que la sentencia de instancia no ha exteriorizado las razones fácticas y jurídicas en las que se fundamenta para desestimar los motivos de impugnación alegados por dicha empresa contra la resolución sancionadora, pues la mayor parte de su argumentación consiste en remitirse simplemente a la resolución de la CNC, aceptando de plano su validez.

Y por lo que respecta a la incongruencia omisiva que imputa a la sentencia afirma que se han ignorado algunos de los elementos esenciales del debate procesal de instancia, entre los que menciona los siguientes:

- no se ha dado respuesta a las alegaciones de Unión Fenosa, en relación con la conducta consistente en no comunicar información suficiente para que el cliente pudiera acudir a otros instaladores, en las que alegaba y, a su juicio acreditaba, que remitía la información suficiente y necesaria para que el cliente solicitante realizar la instalación por sí mismo o la contratara con otro instalador, sin que exista ninguna denuncia o queja en la que se le impute la falta de información a estos efectos.

- tampoco da respuesta a la alegada ausencia de culpabilidad basada en el cumplimiento de la obligación de remisión de presupuestos recogida en el real Decreto 1955/2000 y luego reiterada en el Real Decreto 222/2008. Y sobre la incidencia de los cambios normativos operados por el Real decreto 661/2007 y el Real Decreto 1623/2011, normas que confirman la licitud de la conducta desarrollada por la citada empresa. Y el razonamiento de la sentencia obvia que la infracción imputada por la CNC consiste en remitir los presupuestos cuando no debía hacerlo y se centra en si los presupuesto cumplen con los requisitos de desglose, información y separación técnica, pues en ningún momento se le acusó de proporcionar información insuficiente a los instaladores y a los solicitantes.

- y por cuanto la sentencia insiste en aplicar a la recurrente los efectos de la anterior sentencia de la sala recaída en el expediente abierto contra ENDESA por su actuación en la Comunidad Autónoma de Baleares, obviando las razones expuestas en la demanda por las que consideraba que la conducta de Endesa y la de la sociedad recurrente eran muy distintas. Y discrepa de la interpretación que la sentencia realiza en su fundamento jurídico tercero del art. 103.2. A del RD 1955/2000 .

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción del art. 36 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al haber tenido la instrucción una duración superior a la máxima legalmente prevista bajo la forma de información reservada, durante la cual se han realizado actuaciones de instrucción. Durante 18 meses se mantuvo una información reservada durante la cual se realizaron verdaderos actos de instrucción requiriendo a la recurrente y otros interesados información relevante y detallada y se recabaron datos del mercado afectado y de las actividades presuntamente infractoras. Se le requirió información sin informarle de la denuncia por encontrarse en una fase de información reservada, por lo que la limitada participación de la entidad de la empresa durante este periodo es lesiva para sus derechos.

3º El tercer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción del principio de presunción de inocencia establecido en los artículos 24.2 CE , art. 137 de la Ley 30/1992 , y art. 2 del Reglamento 1/2003 .

La sentencia, en lugar de partir de la presunción de licitud de la conducta de la empresa recurrente, parte de la presunción de validez de la resolución sancionadora asumiendo la infracción impuesta. La sentencia asume que la empresa tiene una posición de dominio en determinados mercados sin que este hecho esté probado, y la empresa recurrente sostiene que esa posición de dominio en la red de distribución de Galicia, y no en las restantes Comunidades Autónomas. La sentencia asume que ha habido una posición de dominio cuando este hecho no ha sido probado. También asume que las comunicaciones remitidas son un número reducido cuando son más de 500 folios. Y, a su juicio, existe una falta de rigor probatorio en cuanto a la duración de la infracción, pues la resolución administrativa sitúa el inicio de la actuación infractora en el 2001 y la sentencia lo corrige fijándolo en el 2004, la empresa recurrente afirma que no existe evidencia alguna de conducta infractora con anterioridad a 2006.

4º El cuarto motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , planteado como subsidiario para el caso de que los anteriores motivos no fueran estimados, denuncia la infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora establecido en el art. 131.1 de la Ley 30/1992 y del art. 10 de la LDC .



Uno de los criterios para graduar la sanción es el referido a la duración de la infracción y a tal efecto argumenta que la infracción tan solo estaría acreditada desde el 2006 por lo que el cálculo debe ser reducido y recalculada la sanción conforme a la resolución de la CNC sobre el cálculo del importe de las sanciones, tomando como ejercicio inicial el 2006. Adicionalmente alega que se vulnera el principio de proporcionalidad porque la sentencia no tiene en consideración la falta de efectos económicos acreditados de la conducta realizada por la empresa sancionada, la falta de acreditación de la expulsión de los instaladores del mercado y la falta de perjuicio para el consumidor final.

Y terminó suplicando a la Sala: <<[...] se dicte Sentencia por la que se estime el recurso formulado por mi representada y, en consecuencia, case la sentencia recurrida y, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, resuelva:

Primero.- Declarar la nulidad de la resolución sancionadora por los motivos alegados en el presente recurso.

Segundo.- Subsidiariamente, y para el caso de no estimar la petición anterior, declarar que procede reducir la sanción computando únicamente el periodo desde el ejercicio 2006>>.

TERCERO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó la representación procesal de FENIE, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: <<[...] DESESTIME en su integridad el Recurso de Casación interpuesto, y confirme la legalidad y adecuación a Derecho de la Sentencia de la Audiencia nacional de 27 de diciembre de 2013 recaída en el procedimiento ordinario 570/2011 y de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 20 de septiembre de 2011, recaída en el expediente S/0089/08, Unión Fenosa Instalación en la que se impone a la mercantil demandante una sanción pecuniaria por importe de 1.938.000 euros, por considerar acreditada la comisión de una infracción del artículo 6 LDC 1989 y del artículo 102 TFUE , consistente en: "abusar en el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución". Y todo ello con expresa imposición de las costas a la recurrente y con cuantos pronunciamientos fueren procedentes en Derecho>>.

El Abogado del Estado presentó escrito de oposición suplicando a la Sala.<<[...] dicte sentencia por la que lo desestime con confirmación de la sentencia recurrida>>

CUARTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 26 de abril de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Unión Fenosa Distribución SA interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013 (rec. 579/2011) por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por Unión Fenosa Distribución SA contra la resolución del Consejo de la Comisión nacional de la Competencia (CNC) de 20 de septiembre de 2011 (expediente S/0089/08).

La sentencia anula el importe de la multa acordando su reducción al 5% del volumen de negocios que ha realizado Unión Fenosa Distribución SA en el mercado de instalaciones no reservadas desde el año 2004 hasta el comienzo del ejercicio 2010 ponderando el tiempo de infracción conforme a la comunicación de la CNC de cuantificación de sanciones.

SEGUNDO . Sobre la arbitraria motivación y la incongruencia omisiva.

El primer motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , imputa a la sentencia de instancia dos infracciones por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia: por un lado, al entender que incurre en arbitrariedad al no ofrecer una suficiente y razonable motivación que justifique su fallo; por otro, al considerar que incurre en un vicio de incongruencia omisiva al dejar imprejuizados algunos de los elementos esenciales del debate procesal planteado en la instancia. Por ello entiende que la sentencia infringe los artículos 9.3 , 24 y 120.3 de la CE y 218 de la Ley 1/2000 y los arts. 33 y 67 de la LJ .

Por lo que respecta a la motivación arbitraria considera que la sentencia de instancia no ha exteriorizado las razones fácticas y jurídicas en las que se fundamenta para desestimar los motivos de impugnación alegados por dicha empresa contra la resolución sancionadora, pues la mayor parte de su argumentación consiste en remitirse simplemente a la resolución de la CNC, aceptando de plano su validez.



Ha de afirmarse al respecto que el hecho de que la sentencia de instancia acoja argumentos o razones de la resolución administrativa impugnada como parte de su fundamentación jurídica y los incorpore como propios al tiempo de valorar la conducta sancionada, realizando una motivación por remisión, no implica una falta de motivación, pues existe una reiterada jurisprudencia baste citar a tal efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2015 (rec. 801/2014) que remitiéndose a la jurisprudencia existente en esta materia, ha afirmado que "No existe ausencia de motivación, pues, como más arriba se recoge, no se exige una argumentación singularizada respecto de todas y cada de las pruebas, ni sobre todos y cada uno de los argumentos impugnatorios, bastando con que de la fundamentación de la Sentencia se infiera claramente su "ratio decidendi", pudiendo, incluso, ser dicha motivación por remisión o "in allunde", como acaba de verse".

En segundo lugar, por lo que respecta a la invocada incongruencia omisiva considera que la sentencia ha ignorado algunos de los argumentos esenciales del debate procesal de instancia, entre los que menciona los siguientes:

- no se ha dado respuesta a las alegaciones de Unión Fenosa, en relación con la conducta consistente en no comunicar información suficiente para que el cliente pudiera acudir a otros instaladores, en las que alegaba y, a su juicio acreditaba, que remitía la información suficiente y necesaria para que el cliente solicitante realizar la instalación por sí mismo o la contratara con otro instalador, sin que exista ninguna denuncia o queja en la que se le impute la falta de información a estos efectos.

- tampoco da respuesta a la alegada ausencia de culpabilidad basada en el cumplimiento de la obligación de remisión de presupuestos recogida en el real Decreto 1955/2000 y luego reiterada en el Real Decreto 222/2008. Y sobre la incidencia de los cambios normativos operados por el Real Decreto 661/2007 y el Real Decreto 1623/2011, normas que confirman la licitud de la conducta desarrollada por la citada empresa. Y el razonamiento de la sentencia obvia que la infracción imputada por la CNC consiste en remitir los presupuestos cuando no debía hacerlo y se centra en si los presupuesto cumplen con los requisitos de desglose, información y separación técnica, pues en ningún momento se le acusó de proporcionar información insuficiente a los instaladores y a los solicitantes.

- y por cuanto la sentencia insiste en aplicar a la recurrente los efectos de la anterior sentencia de la sala recaída en el expediente abierto contra ENDESA por su actuación en la Comunidad Autónoma de Baleares, obviando las razones expuestas en la demanda por las que consideraba que la conducta de Endesa y la de la sociedad recurrente eran muy distintas. Y discrepa de la interpretación que la sentencia realiza en su fundamento jurídico tercero del art. 103.2. A del RD 1955/2000.

Para dar respuesta a este motivo ha de empezar por recordarse que, conforme a una reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva pues no es necesaria "una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" (STC 25/2.012, de 27 de febrero).

Pues bien, analizando las alegaciones que, a juicio de la parte recurrente, no han recibido respuesta en la sentencia de instancia se advierte en primer lugar que su argumentación referida a la remisión de información suficiente y necesaria para que el cliente solicitante realizar la instalación por sí mismo o la contratara con otro instalador, sin que exista ninguna denuncia o queja en la que se le impute la falta de información a estos efectos, dicho motivo fue abordado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, incorporando las razones y la prueba en las que se fundaba para entender que la empresa recurrente en las cartas remitidas a los solicitantes de conexión no contenía advertencia alguna de que la instalación podía ser ejecutada por cualquier otro instalador y que el contenido de la carta y el lenguaje empleado sugería la obligatoriedad de realizar la obra con la empresa distribuidora y considera acreditado que solo cuando el cliente le comunicaba expresamente la voluntad de ejecutar la obra por su cuenta le remitía el punto de suministro y el resto de la información técnica necesaria. De modo que la sentencia proporciona una respuesta suficiente que satisface las exigencias de la motivación.

La misma conclusión se obtiene respecto a la alegada ausencia de culpabilidad basada en el cumplimiento de la obligación de remisión de presupuestos recogida en el Real Decreto 1955/2000 y reiterada en el Real Decreto 222/2008, y sobre la incidencia de los cambios normativos operados por el Real decreto 661/2007 y el Real Decreto 1623/2011, cuestiones estas que fueron abordadas en el fundamento jurídico quinto apartado 2) y en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de instancia.

Sin que finalmente pueda considerarse una ausencia de motivación su discrepancia con la fundamentación jurídica de la sentencia al remitirse en parte a la fundamentación jurídica de una sentencia dictada por dicho

Tribunal en relación a un expediente abierto contra ENDESA por su actuación en la Comunidad Autónoma de Baleares, y su discrepancia con la interpretación que la sentencia realiza en su fundamento jurídico tercero del art. 103.2. del RD 1955/2000 . Esta discrepancia con la fundamentación jurídica utilizada por la sentencia de instancia no puede entenderse como un defecto de motivación, pues mientras que la falta de motivación impide conocer las razones en las que se funda la decisión adoptada, en la motivación errónea la parte manifiesta la discrepancia con los argumentos o razones expuestas por entenderlos inadecuados o insuficientes, infracción esta última que ha de denunciar la amparo de lo previsto en el motivo de casación previsto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , tal y como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sentencia de 7 de febrero de 2006 (rec. 3912/2003) y sentencia de 2 de marzo de 2011 (rec. 624/2007).

Se desestima este motivo.

TERCERO. Sobre la duración de la información reservada y la indefensión.

El segundo motivo comienza por denunciar la infracción del art. 36 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al haber tenido la instrucción una duración superior a la máxima legalmente prevista bajo la forma de información reservada, durante la cual se han realizado actuaciones de instrucción. Considera que en el cómputo de la duración total del procedimiento ha de incluirse el periodo de información reservada.

Lo cierto es que tanto el art. 56 de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia como el art. 36 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia establecen que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento se computa desde el inicio del procedimiento sancionador, sin incluir el periodo de información reservada. Así lo señaló este Tribunal en su sentencia de 26 de diciembre de 2007 (Recurso: 1907/2005) en relación con el art. 56 de la anterior ley y ha de reiterarse en relación con el actual art. 36 de la Ley 15/2007 .

Por lo que respecta a la indefensión padecida por no haberle dado traslado de la denuncia en el periodo de información reservada cuando se le hizo un requerimiento de información, debe señalarse que el artículo 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece que <<En el marco de la información reservada prevista en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , la Dirección de Investigación podrá dirigir solicitudes de información al denunciante, a los denunciados y a terceros. Cuando la Dirección de Investigación solicite información al denunciado, le notificará todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados>>.

Ello determina que en el periodo de información reservada, cuando se solicite información a los denunciados, no es necesario darle traslado de la denuncia pero sí informarle "de los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados" evitando así que se pueda producir indefensión al estar requiriendo la aportación de datos o elementos de prueba que pueden ser utilizados en su contra y servir de base a la imputación, y así lo manifestamos ya en nuestra sentencia de 25 de febrero de 2016 (Recurso: 3847/2012).

Pero en este caso, aunque no se atendió su petición de dar traslado de la denuncia, cuando se le requirió a dicha empresa para que aportase información, se le informó de la fecha de la denuncia, de la identidad de los denunciantes, de la posible infracción que se le imputaba (" *por prácticas constitutivas de un abuso de la posición de dominio* ") y de los siguientes datos relativos a las practicas denunciadas <<Se denuncia que, en Cantabria, Galicia, zonas de Asturias y Norte de Castilla y León, se aprovecha de los datos de que dispone en virtud de su posición dominante como distribuidor de electricidad para reservarse, ante una solicitud de suministro, la ejecución de la totalidad de los trabajos de instalación necesarios>>, por lo que a la vista de esta información debe entenderse cumplida la exigencia contenida en el 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y procede descartar la invocada indefensión, pues dispuso de los datos suficientes para conocer los elementos esenciales de la denuncia, de los hechos y de la infracción que se le imputaba, lo que le ha permitido responder a dicha información con pleno conocimiento de los motivos de investigación sin generarle, por tanto, indefensión, tal y como hemos señalado para supuestos similares en nuestra STS de 26 de diciembre de 2007 (Recurso: 1907/2005).

Se desestima este motivo.

CUARTO . Sobre la vulneración del principio de presunción de inocencia.

El tercer motivo de casación denuncia la infracción del principio de presunción de inocencia establecido en los artículos 24.2 CE , art. 137 de la Ley 30/1992 , y art. 2 del Reglamento 1/2003 .



La parte recurrente aduce que la sentencia en lugar de partir de la presunción de licitud de la conducta de la empresa recurrente parte de la presunción de validez de la resolución sancionadora asumiendo la infracción imputada. La sentencia asume que la empresa tiene una posición de dominio en determinados mercados sin que este hecho esté probado, cuando, a su juicio, esa posición de dominio tan solo la ostenta en la red de distribución de Galicia pero no en las restantes Comunidades Autónomas. Asume también que las comunicaciones remitidas a los clientes son un número reducido cuando son más de 500 folios. Y finalmente porque existe una falta de rigor probatorio en cuanto a la duración de la infracción pues la resolución administrativa sitúa el inicio de la actuación infractora en el 2001 y la sentencia lo corrige fijándolo en el 2004, por entender que no existe evidencia alguna de conducta infractora con anterioridad a 2006.

La pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia al confirmar la sanción impuesta, invirtiendo la carga de la prueba, no puede prosperar, pues una vez establecida la existencia de pruebas suficientes para entender acreditada la existencia de una infracción, corresponde a la parte desvirtuar la validez o fuerza probatoria de las mismas cuando recurre la sanción impuesta y siguiendo los razonamientos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (RC 3854/2013), no es posible cuestionar en el marco de este recurso de casación, por su carácter extraordinario, las apariencias de los hechos y la valoración de las pruebas efectuadas por la Sala de instancia, salvo que incurran en error patente.

Consideramos que el Tribunal sentenciador ha justificado de forma razonable la existencia de una conducta contraria a la competencia abusando de su posición de dominio al entender acreditado, en base a una abundante prueba documental, que en las comunicaciones enviadas a los solicitantes de una nueva conexión no se advierte de la posibilidad de que dicha instalación sea ejecutada por otro instalador y tampoco se proporcionaban los datos técnicos necesarios para que se pudiera realizar por ellos mismos. Y esta conclusión se encuentra suficientemente acreditada por las cartas remitidas a los solicitantes de suministro de energía en las que, a diferencia del modelo aportado por la empresa recurrente, no se le concede la opción entre la ejecución de la obra por Unión Fenosa o por un instalador de su elección, pues tan solo se le comunica la cantidad que deberá abonar para atender a su petición de acuerdo con el presupuesto que adjuntaba. Y, tal y como afirma la resolución impugnada, por el contenido de la carga parece desprenderse que el obligado a realizar la obra es Unión Fenosa ("después de haber realizado el estudio técnico correspondiente, le comunicamos que para poder atender su petición deberá abonar a [...] el citado importe podrá hacerlo efectivo en cualquiera de nuestras oficinas comerciales"). No puede considerarse, por tanto, que no existiese una prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ni que la valoración de la misma por el tribunal de instancia pueda tildarse de arbitraria.

Por lo que respecta a su posición cuasi monopolística en la red de distribución de otras Comunidades Autónomas diferentes a la de Galicia, la sentencia aborda esta cuestión el fundamento jurídico séptimo razonando que «No aprecia esta Sala que la resolución de la CNC sea confusa en este extremo por cuanto en ningún momento afirma que la posición de UFD tenga una situación cuasi monopolista en otras comunidades autónomas distintas de Galicia sino solo en determinadas zonas de otras comunidades autónomas. Así la resolución de la CNC al analizar el mercado de las redes de distribución (de Las redes de distribución de electricidad de UFD se extienden por Galicia, donde controla aproximadamente, el 96% de la red de esta Comunidad, y por determinadas zonas de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid. Los consumidores conectados a la red de UFD no pueden conectarse a otra red (no existe posibilidad de sustitución) por lo que tales zonas constituyen en sí mismos mercados relevantes definidos en los que UFD ostenta una posición de dominio»». De modo que ni en la resolución administrativa sancionadora ni la sentencia de instancia se afirma que esté probada esta situación cuasi monopolística en el mercado de distribución en dichas Comunidades Autónomas, sino que tan solo la ostenta en algunos territorios y que no es necesario ostentarla en atención a las características del servicio de distribución de energía eléctrica y del mercado relevante para poder considerar que ostenta una posición de dominio a los efectos de apreciar la infracción, lo cual es sensiblemente diferente y, por tanto, no puede apreciarse infracción alguna de la presunción de inocencia en relación con la acreditación de este hecho que se considera probado.

Ninguna relevancia puede darse al hecho de que la sentencia afirme que las comunicaciones de los clientes enviadas por la empresa sea "un número reducido" pues aun cuando se considerase que no es exacta dicha afirmación ninguna trascendencia tiene a los efectos de entender vulnerada la presunción de inocencia en relación con la acreditación de los hechos imputados.

Finalmente argumenta que no existe evidencia alguna de que la conducta infractora se produjese con anterioridad a 2006. La sentencia redujo el lapso temporal de la infracción y frente a lo afirmado en la resolución administrativa que lo extendía al periodo comprendido entre el año 2001 hasta el 2010, la sentencia estimó



parcialmente esta alegación y consideró que " *tan solo considera acreditada la conducta a partir del ejercicio 2004* ".

Lo cierto es que la sentencia no explica las razones ni las pruebas que toma en consideración para entender acreditada la realización de tales prácticas desde el año 2004 y tampoco la resolución administrativa sancionadora aclara este extremo, pues si bien se afirma que tras analizar los documentos aportados por la denunciante (folios 169-187 y 306-308) se desprende que dicha empresa no remitía las condiciones técnicas del suministro y sí un presupuesto para la ejecución de todos los trabajos de instalación, incluyendo los trabajos de instalación no reservados a la distribuidora. Los documentos a los que se refiere la resolución están fechados en el año 2006 o en fechas posteriores, pero ninguno aparece referido a los años 2004 y 2005, por lo que tales documentos no acreditan la comisión de la infracción imputada antes de enero de 2006 y sin que tampoco se especifiquen otras pruebas para entender acreditada la infracción en ese lapso temporal.

En definitiva, tiene razón la parte recurrente al entender que tanto la sentencia de instancia como la resolución administrativa sancionadora no han aportado pruebas que acreditasen la comisión de las conductas sancionadas en los años 2004 y 2005, por lo que al fijar como fecha de inicio de la infracción el año 2004 vulneró el principio de presunción de inocencia incurriendo en una valoración arbitraria de la prueba existente en este extremo.

En definitiva, procede estimar este motivo de casación en lo relativo a la duración de la infracción considerando que no existe prueba que acredite la comisión de la infracción en los años 2004 y 2005, por lo que procede considerar como fecha de inicio de la infracción el mes de enero de 2006, con la consiguiente repercusión en el importe de la sanción que habrá de ser reducida de forma proporcional.

QUINTO . Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad.

El cuarto motivo denuncia la infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora establecido en el art. 131.1 de la Ley 30/1992 y del art. 10 de la LDC .

Uno de los criterios para graduar la sanción es el referido a la duración de la infracción y a tal efecto argumenta que la infracción tan solo estaría acreditada desde el 2006 por lo que el cálculo debe ser reducido y recalculada la sanción conforme a la resolución de la CNC tomando como ejercicio inicial el 2006. Adicionalmente alega que se vulnera el principio de proporcionalidad porque la sentencia no tiene en consideración la falta de efectos económicos acreditados de la conducta realizada por la empresa sancionada, la falta de acreditación de la expulsión de los instaladores del mercado y la falta de perjuicio para el consumidor final.

Por lo que respecta a la duración de la infracción y la consiguiente incidencia sobre el importe de la sanción a imponer hemos de remitirnos a lo ya afirmado en el anterior fundamento jurídico.

En lo relativo a la vulneración del principio de proporcionalidad por no haber tomado en consideración la falta de efectos económicos acreditados de la conducta realizada por la empresa sancionada, por no resultar acreditada la expulsión de los instaladores del mercado y la falta de perjuicio para el consumidor final. Tal alegación ha de ser rechazada pues la abuso de la posición de dominio en determinados ámbitos geográficos afectó al mercado y se acreditó en porcentajes la distorsión de la competencia a tenor de las estadísticas elaboradas sobre el porcentaje de las obras de instalación que realizó la empresa, en los que indudablemente influyó la práctica abusiva sancionada, sin que el hecho de que no se acreditase la expulsión de los demás instaladores implique que dicha conducta no haya tenido consecuencias económicas en el mercado conexo examinado y consiguientemente en el consumidor final.

SEXTO . Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ .

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el representante legal de Unión Fenosa Distribución SA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013 (rec. 579/2011) que se casa y anula en el particular referido a la duración de la infracción en los términos expuestos en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia.

SEGUNDO.- Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Unión Fenosa Distribución SA contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de septiembre de 2011 (expediente S/0089/08) que se anula en cuanto al importe de la multa en relación



con la duración de la infracción que debe reducirse al periodo comprendido entre enero de 2006 hasta el comienzo del ejercicio de 2010, manteniendo la sentencia de instancia en los demás extremos.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ