

Id. Cendoj: 28079130032011100047
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 10/02/2011
Nº de Recurso: 3042/2008
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINANTE EN EL MERCADO CONEXO DE LA INSTALACIÓN PARTIENDO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE ENDESA DISTRIBUCIÓN COMO DISTRIBUIDOR ÚNICO EN LA ISLA DE MALLORCA (expte. 606/05 TDC; 2551/04 SDC); art. 6 Ley 16/89 (17-7) de Defensa de la Competencia. Denuncia de Asociación Empresarios de Instalaciones Eléctricas y de Telecomunicaciones de Mallorca.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil once.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3.042/2.008, interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de abril de 2.008 en el recurso contencioso-administrativo número 34/2.007 , sobre conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (expte. 606/05 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE INSTALACIONES ELÉCTRICAS Y DE TELECOMUNICACIONES DE MALLORCA, representada por la Procuradora D^a Paz Santamaría Zapata.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 21 de abril de 2.008 , desestimatoria del recurso promovido por Endesa Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la resolución del

Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 14 de diciembre de 2.006 dictada en el expediente número 606/05 (2551/04 del Servicio de Defensa de la Competencia). En dicha resolución se declaraba acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de la demandante, consistente en un abuso de posición dominante en el mercado conexo de la instalación, partiendo de su posición de dominio como distribuidor único en la isla de Mallorca.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 19 de junio de 2.008, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 10 de septiembre de 2.008 mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común;

- 2º, por infracción del artículo 6.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y

- 3º, por infracción del artículo 10 de la citada Ley 16/1989.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida y que, resolviendo sobre el fondo del asunto, estime el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto, declarando que la resolución impugnada es contraria a Derecho.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 10 de noviembre de 2.008.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Asociación de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y de Telecomunicaciones de Mallorca, cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia desestimándolo con expresa imposición de costas a la recurrente por su evidente mala fe y temeridad.

QUINTO .- Por providencia de fecha 20 de diciembre de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 1 de febrero de 2.011, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Endesa Distribución Eléctrica, S.A.U., impugna en casación la Sentencia de 21 de abril de 2.008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional que desestimó su recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de diciembre de 2.006. Dicha resolución había declarado acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), consistente en un abuso de posición dominante en el mercado de la instalación de acometidas, partiendo de su posición de dominio como distribuidor único de energía eléctrica en la isla de Mallorca. Como consecuencia de dicho abuso de posición de dominio se le imponía a la recurrente una sanción de 900.000 € y se le intimaba al cese inmediato de las prácticas abusivas.

En cuanto a los hechos que concurren en el supuesto litigioso, la Sentencia recurrida declara lo siguiente:

" TERCERO.- Tratamos de las cuestiones que plantea la parte actora en el mismo orden en el que aparecen en la demanda.

Hemos de señalar en primer término que la Sala acepta y tiene aquí por reproducidos los hechos declarados probados por el TDC, que la parte actora no impugna ni niega, sin perjuicio de que considere que el expositivo fáctico de la Resolución impugnada describa los hechos de forma que la propia recurrente califica de "...muy confusa..." .

No obstante, no existe ningún inconveniente ni contradicción con los hechos declarados probados en la Resolución del TDC, si aceptamos los siguientes puntos fácticos incluidos por la parte actora en su demanda, que consideramos de interés para definir y delimitar el mercado de producto y geográfico a tener en cuenta en la resolución del presente recurso:

1) ENDESA DISTRIBUCION ejercita en régimen de monopolio la actividad regulada de gestión de la red de distribución eléctrica en la Isla de Mallorca, que es el ámbito geográfico que consideramos en este recurso. Como consecuencia de la titularidad de la gran mayoría de la red de distribución eléctrica de Mallorca, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha de proporcionar a todo nuevo usuario que lo requiera el adecuado punto de conexión a la red, en los términos reglamentariamente previstos.

2) ENDESA DISTRIBUCIÓN solicita a los clientes que quieran disponer de un nuevo suministro eléctrico, o la ampliación de uno existente, que rellenen un impreso estándar en el que figuran los datos del cliente, instalador electricista, solicitante, localización del punto de suministro y otros detalles del suministro solicitado (estructuras, número, superficie, potencia, etc).

3) Para atender el suministro solicitado es necesario que el cliente, además de disponer de las correspondientes instalaciones interiores, ejecute otras actuaciones

adicionales que permitan su conexión a la red de distribución. Estas actuaciones adicionales son: a) instalaciones de extensión, que unen el punto de conexión existente en la red y el punto de suministro del cliente (denominadas acometidas), y b) la operación final denominada de "enganche", que acopla la instalación receptora propiedad del usuario a la red eléctrica.

La conducta de ENDESA DISTRIBUCIÓN que el TDC consideró contraria a la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que más adelante analizaremos, se desarrolla en trabajos relacionados con las instalaciones de extensión (acometidas). Por el contrario, son ajenos al expediente sancionador los trabajos de enganche que realiza ENDESA DISTRIBUCIÓN por exigencia reglamentaria, percibiendo por ellos los denominados "derechos de enganche".

4) Las instalaciones de extensión o acometidas, cuyo coste es por cuenta del usuario, tienen un distinto régimen de ejecución en el RD 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, en atención a la calificación del suelo. De acuerdo con el artículo 45 del RD indicado:

a) Si se trata de suelo urbano que tenga la calificación de solar y de suministros de baja tensión de potencia máxima de 50 kW o de alta tensión de potencia máxima de 250 kW, la realización de las infraestructuras eléctricas necesarias corresponde a ENDESA DISTRIBUCIÓN, que percibirá por tales trabajos unos derechos de extensión.

b) En los demás casos esto es, en solares cuando se solicite una potencia superior a la indicada, en suelo urbano no calificado de solar, en suelo urbanizable y en suelo no urbanizable, los trabajos de extensión pueden ser realizados por cualquier instalador habilitado libremente elegido por el usuario o consumidor de electricidad, de acuerdo con las condiciones reglamentarias y técnicas que el gestor de la red de distribución debe comunicarle.

Este mercado de los trabajos de extensión o acometida que no son de ejecución obligatoria por ENDESA DISTRIBUCIÓN y que pueden ser realizados por cualquier instalador habilitado es el mercado de producto que tenemos en cuenta en el presente recurso. La definición del mercado se complementa, desde el punto de vista geográfico, con la referencia antes efectuada a la isla de Mallorca." (fundamento de derecho tercero)

El recurso se articula mediante tres motivos, todos ellos formulados al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo se aduce la infracción del artículo 62.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por haber exigido a la recurrente una actuación de contenido imposible.

El segundo motivo se fundamenta en la infracción del artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, argumentando que se le impone una sanción automática por cualquier actuación que pudiera desarrollar en el mercado afectado, sin que la recurrente hubiera pretendido ni ocasionado una restricción de la competencia, sino que se habría limitado a cumplir la obligación contemplada en el Real Decreto 1955/1987, de 1 de

diciembre , de ofrecer presupuestos de las
acometidas a realizar.

En el tercer motivo se alega la infracción del artículo 10 de la Ley de
Defensa de la Competencia , por imputarle una
conducta punible sin concurrir el elemento subjetivo requerido para sancionarla y,
subsidiariamente, por no aplicar el principio de proporcionalidad en el cálculo de la
sanción.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo relativo a la supuesta exigencia de una
conducta imposible.

Sostiene Endesa Distribución Eléctrica, S.A.U. que se ha conculcado el
artículo 62.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas
y del Procedimiento Administrativo Común puesto que se le sanciona por ofrecer
servicios de extensión y acometida aprovechando su posición privilegiada en el
mercado de suministro, cuando lo cierto es que como tal empresa distribuidora tiene
unas obligaciones de información a los usuarios de dicha red, en particular en el
supuesto de nuevos suministros o ampliación de los existentes, y que en los momentos
de ofrecer dicha información ha presentado adicionalmente una propuesta de ejecución
de dichos servicios. Según la recurrente sería imposible determinar cual es, en
concreto, la conducta sancionada y cual debería ser la modificación de su conducta que
evitaría incurrir en la prohibición ordenada.

Esta alegación había sido rechazada por la Sentencia recurrida en los siguientes
términos:

" QUINTO.- La parte recurrente considera que la Resolución impugnada se halla
afecta de un vicio de imposibilidad de cumplimiento, que conlleva su nulidad, pues no
describe en que consiste la práctica prohibida, más allá de la mención genérica de
abuso de posición dominante.

La Sala no comparte el anterior razonamiento, pues la conducta constitutiva de la
infracción, por la que ENDESA DISTRIBUCION resultó sancionada, y a la que se refiere
la intimación al cese, está clara y nítidamente identificada y descrita en la Resolución
impugnada, como también está razonada la calificación de dicha conducta como
abusiva y contraria al artículo 6 LDC

Dice el TDC en el Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución impugnada, una
vez que en apartados anteriores han quedado fijados los hechos y los mercados
afectados, que (folio 14) " ...de esta forma, Endesa estaría abusando de su
posición de dominio al ofertar el servicio de extensión y acometida de las instalaciones
en el mismo momento que la Ley le obliga a suministrar la información técnica
correspondiente al cliente... ". Esa es, por tanto, la práctica que se sanciona, el
ofrecimiento de la prestación servicios de extensión y acometida aprovechando su
posición privilegiada en el mercado de suministro. Más adelante (folio 15), el TDC
vuelve a referirse a la conducta de ENDESA que considera constitutiva de abuso de
posición dominante, al recordar que la posición de la empresa recurrente como
distribuidora de electricidad le obliga a ser especialmente cuidadoso en su actuar, cosa
que no ha hecho, al aprovechar la oportunidad de informar a sus clientes de los
requisitos técnicos necesarios para, en ese momento no inocuo en términos
comerciales, " ...presentar una oferta para la prestación de los servicios

correspondientes... ".

En conclusión sobre este punto, la Resolución impugnada describe con claridad la conducta de ENDESA DISTRIBUCION constitutiva del abuso de posición dominante y ordena el cese inmediato de la misma, sin que exista ninguna imposibilidad en el cumplimiento de esta orden que se derive de una falta de concreción." (fundamento de derecho quinto)

El motivo no puede prosperar. De los términos de la Sentencia impugnada que se acaban de reproducir es posible constatar perfectamente la descripción de la conducta sancionada, cual es la de presentar una oferta de las obras de extensión y acometida de las instalaciones aprovechando el momento de cumplir su obligación legal de proporcionar la información técnica correspondiente al cliente que pretende efectuar dichas obras. 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. La claridad con que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia describen la conducta sancionada y la modificación de la conducta requerida para no incurrir en abuso de la posición de dominio que ostenta en el mercado de la distribución, en el mercado conexo de las obras de extensión y acometida, hace sorprendente la formulación de este motivo, que está inevitablemente condenado al fracaso.

TERCERO .- Sobre la conducta de abuso de la posición de dominio.

Sostiene la parte recurrente que no ha incurrido en la conducta abusiva por la que se le ha sancionado con las siguientes razones. Afirma en primer lugar que la Sentencia realiza una interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia que supone de hecho la aplicación de una sanción automática para cualquier conducta que Endesa Distribución pudiera realizar en el mercado conexo de las instalaciones de extensión y acometida. En segundo lugar, aunque la Sala juzgadora efectúe una interpretación del artículo 103 del Real Decreto 1955/2000 en el sentido de que no le faculta a la empresa distribuidora a ofrecer la realización de los trabajos como consecuencia de un nuevo suministro o la ampliación de uno existente, la recurrente ha realizado de buena fe una interpretación distinta con la finalidad de dar toda la información presupuestaria que estuviera en su mano, si que pueda decirse que persiguiera una finalidad anticompetitiva. En tercer lugar, Endesa Distribución entiende que el artículo 103.2.A del referido Real Decreto 1955/2000 le obliga a comunicar a los usuarios el presupuesto económico correspondiente a la ejecución de las instalaciones.

Sostiene también la recurrente que ha quedado totalmente acreditado que no ha existido ningún perjuicio a los competidores, que disponían de la oferta de Endesa y siempre podían hacer una oferta más competitiva. Añade, por último, que su conducta no puede calificarse en ningún caso como abusiva, pues no hace presupuestos conjuntos para diferentes prestaciones de distribución, instalación o de otra naturaleza, ni ofrece descuentos o servicios vinculados para tales diferentes prestaciones, sino que realiza siempre diferentes ofertas para cada servicio. En definitiva, afirma, su conducta no puede ser calificada como abusiva pues carecía tanto de finalidad como de efectos anticompetitivos.

La Sentencia recurrida daba respuesta a los alegatos sobre la inexistencia de conducta contraria a la competencia en los siguientes fundamentos de derecho:

" SEXTO.- En tercer lugar alega la parte actora que su conducta no tiene por objeto distorsionar la competencia, y que cuando remite a usuarios y clientes un presupuesto de ejecución de instalaciones de extensión actúa bajo la cobertura e, incluso, en cumplimiento del artículo 103.A del Real Decreto 1955/2000 , que le obliga a ello.

En los casos que delimita la parte actora en su demanda, esto es, cuando se trate de suelo urbano calificado de solar y la solicitud se refiera a suministros que superen la potencia antes indicada de 50 Kw de baja tensión o 250 kW de alta tensión, o cuando se trate de suelo no calificado como solar, cualquiera que sea la potencia solicitada, y a excepción de los casos en los que la empresa distribuidora considere que debe reservarse la ejecución de las instalaciones por razones de seguridad, las obras de extensión y acometida, esto es, las obras que unen el punto de conexión existente en la red y el punto de suministro del cliente, conforman un mercado abierto a la competencia y pueden encomendarse por el interesado o cliente a cualquier instalador habilitado de su libre elección.

Es cierto que, en tales casos, el artículo 103 A del RD 1955/2000 impone a la empresa distribuidora, es decir, a ENDESA DISTRIBUCION en este caso, que comunique por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnico- económicas para realizar el mismo, pero la actuación de la empresa recurrente en ocasiones no se limitó a comunicar esas condiciones económico técnicas, sino que fue más allá e hizo llegar además a los propietarios una oferta de ejecución y presupuesto de las obras de extensión y acometida.

Como subraya el Informe Propuesta del SDC (folio 426 del expediente), la clave del asunto (sic) está en determinar cuales son las condiciones técnico económicas que la empresa distribuidora tiene que comunicar a los clientes por imposición del artículo 103.A del RD 1955/2000 , y la respuesta se encuentra en el mismo precepto, que aclara que las empresas distribuidoras facilitarán por escrito "...la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar...". Como observa el SDC, la obligación de la distribuidora consiste en comunicar los derechos de acometida correspondientes a la extensión, a cuya percepción está autorizada legalmente, así como las condiciones técnicas que debe reunir la instalación, pero lo que no recoge la norma reglamentaria citada es que la distribuidora tenga la facultad para ofertar la ejecución por si misma de los trabajos a realizar desde el punto de conexión hasta el punto de suministro, entrando así en el ámbito de actuación de los instaladores electricistas.

En el expediente obran las comunicaciones que remitía la empresa recurrente a los clientes, y en ellas se aprecia con nitidez la diferencia entre la remisión de las condiciones económico técnicas, o derechos de acometida a liquidar y el envío de un presupuesto completo de ejecución de las obras de extensión y acometida (folios 17, 56, 62, 64, 68, 70, 78, 80, 88, 90, 84 y 96 del expediente). En efecto, en estas comunicaciones se incorpora una oferta de ENDESA DISTRIBUCION al usuario en los términos siguientes:

...Deseamos informarle de los principales términos de nuestra oferta para la ejecución de las instalaciones a través de Endesa Distribución...(seguidamente se incluye "presupuesto instalación de extensión" y el IVA correspondiente)

...Adjuntamos detalle de este presupuesto, que incluye tanto la ejecución o modificación por parte de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. de las instalaciones de la red de distribución, como la tramitación administrativa para su puesta en servicio, y está condicionado a las autorizaciones y permisos que fueran necesarios.

Una vez obtenidas dichas autorizaciones administrativas, así como los permisos de terceros (tanto públicos como particulares), el plazo previsto de ejecución física de la obra será de 30 días hábiles...

La conducta abusiva contraria al artículo 6.1.a) LDC consiste, como sostienen el SDC y el TDC, en aprovecharse la empresa distribuidora recurrente de los datos conseguidos en virtud de su posición de monopolista en la distribución de la energía eléctrica en la isla de Mallorca, para introducirse mediante el envío de estas comunicaciones en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas desplazando a los instaladores electricistas.

Como recuerda el TDC en la Resolución impugnada, un operador dominante tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de las condiciones de competencia, y por tal razón la posición de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado del suministro de electricidad le obliga a ser especialmente cuidadosa en su actuación para no distorsionar la competencia en ese mercado de la distribución o en otros conexos, pero ENDESA DISTRIBUCION ha omitido ese deber de especial cuidado, al aprovechar su obligación legal de informar a los clientes de las condiciones técnicas económicas para presentar, en ese momento, una oferta de prestación de servicios en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión, lo que ha producido el efecto de distorsionar la competencia en este último mercado, como seguidamente comentaremos.

SÉPTIMO.- La parte actora, bajo el epígrafe de que su conducta no tiene como efecto restringir la competencia, indica que no puede deducirse el abuso del hecho del incremento de la cuota de la recurrente en el mercado de la realización de las obras de acometida y extensión.

En efecto, así es, pero ocurre que el hecho del abuso no se presume por el TDC del incremento de la cuota de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión, sino que el abuso, en la forma que antes se ha descrito de aprovechamiento de los datos conseguidos en el mercado de la distribución de energía eléctrica para introducirse, mediante el envío de ofertas de ejecución de obras, en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas de acometida y extensión, se considera directamente acreditado por las comunicaciones realizadas por la empresa recurrente, que obran en autos y que ya se han citado, así como por el propio reconocimiento de la recurrente.

De acuerdo con el cuadro Anexo 1 que incluye la Resolución impugnada, ha existido un importante aumento de cuota de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión de Mallorca, que ha pasado de una facturación de 1.386.000 euros en 2002, a 2.140.000 euros en 2003 (con un incremento del 54,4% respecto del ejercicio anterior) y a 4.263.000 euros en 2004 (con un incremento del 99,2% respecto del ejercicio anterior), si bien tal incremento no es el hecho base del que se deduce una conducta abusiva como sostiene la recurrente, sino el efecto apreciable en el mercado afectado de la conducta contraria a la competencia.

OCTAVO.- La parte actora alega que el TDC no ha acreditado la concurrencia del elemento subjetivo requerido para imponer la sanción, y que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a considerar que su intención fuera la de lesionar a sus competidores.

Sin embargo, la presencia del requisito de culpabilidad está suficientemente acreditada en la Resolución impugnada. El artículo 10 LDC establece que las sanciones que la norma establece serán impuestas a las empresas que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en sus artículos 1, 6, ó 7, y la Resolución impugnada aprecia una actuación negligente o carente de atención y de cuidado en la empresa actora.

Hemos indicado en apartados anteriores que la Resolución del TDC recuerda los deberes de especial atención y cuidado que tiene cualquier empresa que en un mercado disfrute de una posición dominante. En este sentido, y como resulta de la jurisprudencia del TJCE, recogida entre otras en las sentencias de 9 de noviembre de 1983 (asunto 322/81) y 16 de marzo de 2000 (asunto C 396/96, TJCE 20002), del hecho de que una empresa o entidad ostente una posición dominante en un determinado mercado resultan dos consideraciones: a) ostentar una posición dominante no es un hecho reprochable por sí mismo, y b) sin embargo, incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en dicho mercado.

Pues bien, el TDC aprecia (Fundamento Jurídico Tercero), como lo hace también esta Sala, que en la conducta que se ha acreditado en el expediente, ENDESA DISTRIBUCION no ha observado esos deberes de atención y cuidado en el mantenimiento de las condiciones de competencia, sino que ha aprovechado la oportunidad que le ofrece su posición privilegiada en el mercado del suministro eléctrico y la regulación reglamentaria del sector, para remitir unas ofertas de prestación de servicios en el mercado conexo de la instalación de acometida y extensión, lo que supone cuanto menos una omisión de la diligencia exigible derivada de su privilegiada posición de dominio." (fundamentos de derecho sexto a octavo)

En las alegaciones formuladas en este motivo y que se han resumido ya, la parte reitera argumentos que han sido cumplidamente respondidos por la Sala de instancia y que ahora toca simplemente reiterar. Así, resulta claro que en modo alguno se sanciona por cualquier actuación en el mercado de la de las instalaciones de extensión y acometida sino -como ya se ha indicado al responder al motivo primero- por ofrecer presupuestos de instalación al tiempo de cumplir con sus obligaciones de información técnica a los usuarios que solicitan un nuevo suministro o la ampliación del existente, habida cuenta de su situación de monopolio como distribuidor en Mallorca. Y, por otra parte, resulta también indiscutible que, frente a lo que afirma la recurrente, en modo alguno el artículo 103.2.A del Real Decreto 1955/2000 obliga a ofrecer tales presupuestos. En efecto, el precepto en cuestión reza así:

"Artículo 103 . Calidad de la atención al consumidor.

1. [...]

2. En concreto, los indicadores de calidad individual, basada en la atención al consumidor, serán los siguientes, sin perjuicio de las modificaciones que puedan introducirse a través de las instrucciones técnicas complementarias que en su caso se aprueben:

A) Elaboración de los presupuestos correspondientes a nuevos suministros: a partir de la solicitud de un suministro, la empresa distribuidora comunicará por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo, con indicación de la necesidad o no de reservar locales para centros de transformación dentro de los siguientes plazos máximos, contados en días hábiles:

1º Suministros en baja tensión:

a) Cuando se solicite un suministro de hasta 15 kW en el que no sea preciso realizar instalaciones de extensión, la empresa distribuidora dará por escrito las condiciones técnico-económicas en un plazo de cinco días.

b) Para cualquier servicio cuando no sea necesaria la instalación de centro de transformación: diez días.

c) Cuando sea necesaria la instalación de centros de transformación:

1ª Servicio auxiliar de obras: diez días.

2ª Servicio definitivo con centro de transformación de media a baja tensión: veinte días.

3ª Servicio definitivo con subestación transformadora de alta a media tensión: treinta días.

2º Suministros en alta tensión:

a) Para un consumidor con tensión nominal de suministro igual o inferior a 66 kV: cuarenta días.

b) Otros suministros de alta tensión: sesenta días.

Las empresas distribuidoras, dentro de los plazos anteriormente indicados, facilitarán por escrito a los solicitantes la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar, precisando el sistema empleado para su determinación y su plazo de vigencia, que será, como mínimo, de tres meses a partir de la fecha de la notificación.

Una vez definida la propuesta técnica y su aprobación, y una vez aceptada por el solicitante la previsión de los derechos correspondientes a la extensión, o a la conexión, según se trate, se establecerán las previsiones de actuación correspondientes a su ejecución. [...]"

Es verdad que el precepto, dedicado a la calidad de la atención al consumidor, se refiere en el apartado 2 .A a la elaboración de los presupuestos relativos a nuevos suministros, pero es igualmente claro que "a partir de la solicitud de un suministro", a lo que queda obligada la empresa distribuidora no es a la presentación de un presupuesto de instalación, sino a proporcionar los datos necesarios para dicha instalación -y, por tanto, para la

elaboración de un presupuesto por cualquier instalador-, en concreto a informar sobre "el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo".

Tampoco pueden prosperar los argumentos relativos a la falta de propósito anticompetitivo o de efectos de esa naturaleza. Debemos reiterar en primer lugar lo que hemos dicho ya en numerosas sentencias sobre la materia, y es que en principio las conductas infractoras de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia no requieren inexcusablemente ni propósito ni consecuencias anticompetitivas, lo que tampoco supone, como es obvio, que tales circunstancias sean irrelevantes, sino que habrá que atender a las circunstancias del caso. En el presente supuesto, el hecho de que la recurrente ostentase una posición de monopolio en el mercado de la distribución le obligaba, como se le ha reiterado tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia como por la Sala juzgadora, a tener especial atención en no beneficiarse de dicha posición para obtener ventajas en mercados conexos como el de las instalaciones de extensión y acometida, y su comportamiento fue exactamente el opuesto, prevaleciendo de su relación de distribuidor para adelantar un presupuesto a los usuarios que solicitaban un nuevo suministro o la ampliación del existente. Y, en lo que respecta a los efectos, la Sala de instancia da por acreditado un importante aumento de cuota de la recurrente en el referido mercado conexo que no puede dejar de asociarse a los efectos del comportamiento de la recurrente que ha sido sancionado. En consecuencia, debe desestimarse el motivo.

CUARTO .- Sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia .

En el tercer motivo se alega la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia tanto por la supuesta falta del elemento subjetivo requerido para sancionarla como por la desproporción en la cuantía de la multa impuesta.

En lo que respecta a la ausencia del elemento subjetivo, basta con lo dicho en el anterior fundamento de derecho. La actora actuó con manifiesta falta de la debida diligencia en no abusar de su posición de dominio en el mercado de la distribución, con las consecuencias ya vistas sobre el mercado conexo de la instalación de extensión y acometida.

En cuanto a la alegada vulneración del principio de proporcionalidad, es preciso tener en cuenta la respuesta que a dicho alegato dio en la instancia la Sala juzgadora:

" NOVENO.- El artículo 10 LDC establece que:

" ...1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 , o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2 , multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal... "

La sanción impuesta fue de 900.000 euros, equivalente a 149.747.400 pesetas, muy

cercana por tanto a la cuantía de 150 millones de pesetas que el precepto contempla como cuantía límite, que puede ser incrementada en determinados casos.

La parte actora, a título subsidiario, alega falta de valoración y justificación a la hora de cuantificar la sanción económica impuesta, así como su desproporción. Añade también que la sanción excede del límite máximo autorizado por el artículo 10.1 LDC

En relación con esta última cuestión, señala la parte actora que de acuerdo con el artículo 10 LDC, el 10% del volumen de ventas se erige en el límite cuantitativo máximo para la determinación de la sanción, y que la sanción impuesta de 900.000 euros excede dicho límite del 10% de la facturación que obtuvo ENDESA DISTRIBUCION en la actividad de ejecución de instalaciones de acometida o extensión, que fue de 1.386.000 euros en 2002, 2.140.000 euros en 2003 y 4.263.000 euros en 2004.

Sin embargo, el artículo 10 LDC no establece el 10% del volumen de ventas como límite cuantitativo máximo de las multas. Según resulta del tenor literal del precepto, antes transcrito, el TDC puede imponer multas " ...de hasta 150.000.000 de pesetas... ", de forma que este es el límite máximo de las sanciones, sin que exista ninguna excepción que contemple un límite inferior, sino lo contrario, la única excepción prevista es la que permite al TDC incrementar dicha cuantía hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior.

Así lo entiende también el Tribunal Supremo, que ha señalado en sentencia de 27 de febrero de 2007 (RJ 200711), que " ...el límite del 10% del volumen de ventas opera no como restricción de aquella cuantía máxima, que sigue siendo de 150 millones de pesetas, sino de su posibilidad de incremento, que, aunque factible, tiene ese techo porcentual... "

Así pues, la referencia al 10% volumen del ventas puede emplearse para incrementar las multas por encima del límite de 150 millones de pesetas, pero en ningún caso permite reducir el citado límite de 150 millones de pesetas. Por tal razón no puede decirse, en el presente caso, que la multa impuesta haya superado el límite máximo establecido por el artículo 10.1 LDC para la cuantía de las sanciones.

DÉCIMO.- Las restantes alegaciones de la recurrente respecto del importe de la multa se refieren a la falta de valoración y justificación de la cuantificación, así como a su desproporción.

El TDC dedica el Fundamento Jurídico Cuarto de la Resolución impugnada a exponer las circunstancias que ha tenido en cuenta para cuantificar la sanción en 900.000 euros. Tales circunstancias fueron tres de las contemplados en el artículo 10.2 LDC, la modalidad y alcance de la infracción, la cuota de mercado y la duración de la restricción de la competencia, más otro criterio previsto en el artículo 131.2 LRJPAC, de forma que podrá estarse de acuerdo o no con la presencia de tales circunstancias, pero no puede compartirse la alegación de la recurrente de falta de valoración y justificación de los criterios seguidos para cuantificar la sanción. Incluso la propia demanda, contestando uno por uno los criterios que ponderó TDC para fijar la cuantía de la sanción, demuestra que no hubo falta de motivación en este punto, sino que la

Resolución impugnada expresó las razones tenidas en cuenta para fijar la cuantía de la multa y la parte actora tuvo de esta manera la oportunidad de conocer tales razones y de oponerse a ellas en este recurso contencioso administrativo.

La Sala considera acreditadas las circunstancias ponderadas por el TDC en la determinación de la sanción. El abuso de posición dominante es una práctica que el TDC ha reiteradamente considerado como especialmente dañina para la competencia, destacando en este caso la Resolución impugnada que ni siquiera cabe hablar de posición de dominio, sino que la posición de ENDESA DISTRIBUCION es de monopolio en el mercado de la distribución y que el abuso consiste en utilizar la posición privilegiada en dicho mercado para obtener una ventaja competitiva en otro mercado conexo. La cuota en el mercado en el que se desarrolla la conducta abusiva es de alrededor del 30%, con la circunstancia añadida de que se trata de la parte del mercado comercialmente más rentable, según muestra la evolución de la facturación de la recurrente, que en dos años pasó de 1.4 millones de euros a 4.3 millones de euros. Y la conducta infractora se prolongó durante al menos tres años: 2002, 2003 y 2004.

La parte actora alega también que el TDC ha tenido en cuenta para determinar el importe de la sanción el beneficio obtenido, que no es uno de los parámetros recogidos en el artículo 10.2 LDC. No obstante, el propio TDC explica que el criterio del beneficio obtenido está contemplado por el artículo 131.2 LRJPAC, que indica que "...el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulta más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas..."

El Tribunal Supremo confirma la procedencia de tener en cuenta como criterio de ponderación el beneficio obtenido por la conducta infractora, pues ha señalado, en sentencia de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003021) que el principio de que la comisión de la infracción no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) del artículo 10.2 LDC y corresponde a la naturaleza misma de la potestad sancionadora:

Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992

Por otro lado, en la sentencia que acabamos de citar, el Tribunal Supremo también indica que la LDC otorga al TDC "...un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas...", máxime si se considera que las sanciones de la LDC no

tienen una finalidad exclusivamente represiva, sino también otra disuasoria en defensa de los intereses públicos concretados en un funcionamiento concurrencial del mercado.

Por todo ello, a la vista de los cuatro criterios que el TDC ha tenido en cuenta para la cuantificación de la sanción, la Sala rechaza los argumentos de la actora sobre la falta de valoración y justificación y considera que la sanción es proporcionada y conforme a derecho." (fundamentos de derecho noveno y décimo)

La argumentación de la recurrente en el motivo que se discute no logra desvirtuar la corrección de la respuesta que, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, da la Sentencia impugnada, cuyas razones asumimos y reiteramos.

QUINTO .- Conclusión y costas.

Según lo expuesto en los anteriores fundamentos, procede desestimar el recurso de casación. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas causadas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la sentencia de 21 de abril de 2.008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 34/2.007 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-