

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
Expte. VS/0089/08, UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 7 de marzo de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia del Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018 (recurso 699/2017) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. (en adelante UFD) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de junio de 2016 (expediente VS/0089/08, UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 21 de junio de 2016, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), en el expediente VS/0089/08, UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN, acordó:

“PRIMERO. - Imponer a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 20 de septiembre de 2011, la multa de 1.549.550€.

SEGUNDO. - Ordenar a la Secretaría General de la CNMC el inicio de expediente de devolución a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A de 212.333€ más los intereses a los que la empresa tenga derecho”.

2. Con fecha 27 de junio de 2016 se notificó a UFD la citada resolución (folio 160.1 bis) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 699/2017).
3. Mediante sentencia de 29 de junio de 2018 (recurso 699/2017), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por UFD contra la resolución de 21 de junio de 2016, disponiendo *“remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte nueva resolución en la cual fije el importe de la multa en estricta ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016”*. Esta Comisión recibió el 19 de octubre de 2018 testimonio de dicha sentencia, con expresión de su firmeza.
4. Con fecha 28 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia realizó requerimiento de información a UFD acerca de su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2010 (folios 178 y 179).
5. Con fecha 24 de diciembre de 2018, UFD presentó escrito de contestación a la anterior solicitud señalando que su volumen de negocio total en el año 2010 ascendió a 868.363.000 euros (folio 183).
6. Con fecha 7 de febrero de 2019¹, la Sala de Competencia acordó, en ejecución de la sentencia de 29 de junio de 2018, ordenar la devolución a UFD de 1.549.550 euros, incrementada con los intereses correspondientes.
7. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 7 de marzo de 2019.

II. 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”*.

¹ Rectificado mediante acuerdo de la Sala de Competencia de 20 de febrero 2019.

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

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

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.

Por resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 20 de septiembre de 2011, se impuso una sanción de 1.938.000 euros a UFD por la comisión de una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del TFUE, consistente en abusar de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución sobre el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas.

No obstante, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de diciembre de 2013 que resolvía el recurso interpuesto por UFD contra dicha resolución, anulaba parcialmente la resolución del Consejo de la CNC en los siguientes términos:

“(...) se anula en cuanto al importe de la multa que deberá reducirse al 5% del volumen de negocios que ha realizado Unión Fenosa Distribución S.A., 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 (...)”.

En ejecución provisional dicha sentencia, con fecha de 10 de julio de 2014 la Sala de Competencia de la CNMC impuso a UFD, una nueva multa de 1.761.882 euros.

Posteriormente, el Tribunal Supremo resolvió, con fecha 3 de mayo de 2016, el recurso de casación interpuesto por UFD contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013, estimando dicho recurso en el particular referido a la duración de la infracción al considerar que no habían quedado acreditadas las conductas sancionadas en los años 2004 y 2005 pero manteniendo la sentencia de la Audiencia Nacional en los demás extremos:

“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”.

En ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de Competencia de la CNMC con fecha de 21 de junio de 2016, dictó una nueva resolución e impuso a UFD una multa de 1.549.550 euros. El importe de dicha multa se determinó manteniendo los parámetros de cálculo de la resolución original a excepción de la duración, tal y como parecía ordenar el Tribunal Supremo.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 29 de junio de 2018 ha anulado esta última resolución de la Sala de Competencia de la CNMC por no ser

ajustada a Derecho. En consecuencia, la Audiencia Nacional dispone remitir las actuaciones a la CNMC a fin de que dicte nueva resolución en la cual fije el importe de la multa en estricta ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 y sin tomar en consideración los criterios de la Comunicación de multas de 2009:

“La consecuencia obligada de ello ha de ser la anulación de la resolución impugnada, ordenando a la CNMC que dicte otra nueva en la que cuantifique el importe de la multa al margen de los criterios de la Comunicación de 2009 y en el porcentaje que resulte en estricta ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016.”

Sobre tales premisas, en esta resolución la Sala de Competencia procede a ejecutar la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018 de acuerdo con lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016. Para ello, se utilizarán los criterios de graduación de las sanciones del artículo 10 de la Ley 16/1989, que pueden considerarse equivalentes a los del artículo 64 de la Ley 15/2007, dado que la enumeración que ambos preceptos hacen de los criterios de graduación no difieren sustancialmente.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 20 de septiembre de 2011 y la resolución de 21 de junio de 2016.

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018 y la determinación de la nueva multa correspondiente a UDF es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta entidad en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de septiembre de 2011, salvo en lo que se refiere a la duración de la conducta, modificada por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016.

En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, consideró que no existía prueba que acreditara la comisión de infracción en los años 2004 y 2005, por lo que procedía 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 habría de ser reducida de forma proporcional.

En este contexto, y sin perjuicio de hacer remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución sancionadora, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en la misma, UFD es responsable de una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de la Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del TFUE, consistente en abusar de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución, sobre el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas.

La resolución de 21 de junio de 2016 de la CNMC, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, sancionó a UFD y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Importe básico de la sanción (IBS): la mencionada resolución de 21 de junio de 2016 indicaba que el volumen de ventas afectado por la infracción desde 2006 a 2009, ambos incluidos, ponderado cada año conforme a lo establecido en la Comunicación de multas, era de 30.991.004 euros, y el IBS se determinó aplicando un 5% a esa cantidad, es decir, 1.549.550 euros.
- Límite del 10%: el IBS era inferior al límite del 10% del volumen de negocios total en el año anterior a la sanción.

La determinación de la multa por la CNMC se resume en la siguiente tabla:

Entidad infractora	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Multa Impuesta (€)
UDF	30.991.004	5%	1.549.550	1.549.550

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015². Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- 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. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha*

² También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen".

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, equivalentes a los del artículo 64 de la Ley 15/2007.

En efecto, estas indicaciones del Tribunal Supremo son también aplicables respecto al artículo 10 de la Ley 16/1989. Cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2017, en la que señala que *"en cuanto al límite máximo de las sanciones, en la sentencia de esta Sala antes citada, de 29 de enero de 2015 y en las que la han seguido, decíamos que el artículo 63 de la LDC de 2007 -y lo mismo cabe indicar respecto del artículo 10 de la LDC de 1989-, marca los límites para la imposición de las sanciones, no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifra máxima de una escala en el seno de la cual ha de individualizarse la multa."*

Añade además el Tribunal Supremo en dicha sentencia, según se cita en la sentencia de 29 de enero de 2015, *"que la expresión de volumen de negocios -o "volumen de ventas" que utiliza el artículo 10 de la LDC de 1989- no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión de "volumen de negocios total" que emplea el artículo 63 de la LDC de 2007"*.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción de la que es responsable UFD, en virtud tanto de la resolución de 20 de septiembre de 2011 como la de 21 de junio de 2016, es una infracción muy grave, puesto que se trataba de un abuso de posición de dominio practicado desde una situación de monopolio legal que detenta UFD en determinados mercados zonales de distribución eléctrica y, por tanto, susceptible de 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. 10 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia). En concreto, la infracción de UFD consiste en aprovecharse de su posición en el mercado de la distribución para competir en el mercado conexo de las instalaciones no reservadas de manera privilegiada y colocando al resto de instaladores en una posición de desventaja.

La determinación de la sanción deberá realizarse de acuerdo con los criterios legales de graduación del artículo 10 de la Ley 16/1989.

A efectos de la nueva cuantificación de la multa, será necesario conocer el volumen de negocios total (VNT) del año anterior al de la imposición de la multa anulada, así como el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de UFD durante la infracción. Como se ha dicho anteriormente, el VNT de UFD en 2010 fue de 868.363.000 euros (folio183). La facturación en el mercado afectado durante la infracción, es decir, desde

enero de 2006 hasta diciembre de 2009 asciende a 67.910.253 euros (folios 5468 a 5471, expte. S/0089/08).

Teniendo en consideración los datos anteriores, el porcentaje sancionador que procede aplicar en el presente expediente debe determinarse –como se ha dicho– partiendo de los criterios de graduación del artículo 10 de la Ley 16/1989, que son equivalentes a los del artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de conformidad con lo expuesto en la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 29 de junio de 2018.

El mercado afectado en esta infracción es el de instalaciones eléctricas no reservadas, mercado conexo al de redes de distribución donde UNION FENOSA tiene posición de monopolio y que coincide con la red de distribución de UNION FENOSA.

Su alcance se centra fundamentalmente en aquellas zonas donde se despliega la red de UNION FENOSA, que es el total de la red de distribución eléctrica de las Comunidades Autónomas de Galicia, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Madrid.

En cuanto a la duración de la infracción, ha tenido lugar durante los años 2006 hasta comienzo del ejercicio de 2010³.

En cuanto a la cuota de mercado, 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.

En cuanto a los efectos sobre usuarios y otros competidores, si bien la resolución afirma que *“es difícil establecer un contrafactual que nos ayude a cuantificar los efectos”*, todo indica que la conducta los ha desplegado. Como se dice en el párrafo 40 del Pliego de Concreción de Hechos (recogido en la página 11 de la resolución de 20 de septiembre de 2011), durante la infracción UFD atendió 190.426 peticiones de suministro que incluían trabajos de conexión. De ellas, más de un [50-60]% incluía trabajos de conexión no reservados a la distribuidora. UFD envió presupuesto para la ejecución de la totalidad de las obras de conexión, siendo las no reservadas aceptadas entre el [50-60]% de los casos a lo largo del periodo. Este porcentaje se eleva hasta el [70-80]% en 2009.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, el conjunto de factores expuestos anteriormente –alcance de la infracción, dimensión del mercado afectado, cuota de mercado y duración de la conducta– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas. El Consejo de la CNMC considera que el tipo sancionador que corresponde aplicar a UFD es de un 3,5%.

Ahora bien, la utilización del volumen de negocios total (VNT) de la empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 16/1989, exige un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción. Para ello se hace necesario realizar una

³ Como se ha dicho anteriormente, en la resolución de 20 de septiembre de 2011 se fijó la fecha de inicio en el 2004, no obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 consideró que no había quedado acreditada la infracción en los años 2004 y 2005.

estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes⁴, y aplicarle un factor de disuasión. El resultado es un valor de referencia de proporcionalidad que se compara con la sanción en euros derivada del tipo sancionador que corresponde aplicar a la entidad infractora.

En el caso de esta resolución, la sanción en euros derivada del tipo sancionador que corresponde aplicar a UFD es significativamente superior al valor de referencia de proporcionalidad estimado (4.000.000 euros), por lo que esa multa en euros no sería proporcionada a la efectiva dimensión de la infracción, y procede ajustarla hasta el mencionado valor de referencia.

No obstante, la sanción que le corresponde es superior a la impuesta en la resolución impugnada, por lo que en aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius* debe imponerse la sanción de la resolución de recálculo de 21 de junio de 2016 que asciende a 1.549.550 euros.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018 (recurso 699/2017) y en sustitución de la impuesta en la resolución de 21 de junio de 2016 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (expte. S/0089/08, UNIÓN FENOSA INSTALACIÓN), una multa por importe de 1.549.550 euros.

⁴ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando resulta posible, los supuestos que se han asumido se fundamentan en datos de las propias empresas infractoras, o bien en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como las *ratios sectoriales de las sociedades no financieras* publicadas por el Banco de España (base RSE).

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles 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, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.