



Roj: **SAN 4745/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4745**

Id Cendoj: **28079230062013100542**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/10/2013**

Nº de Recurso: **340/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUCIA ACIN AGUADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº **340/2012** que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ENDESA ENERGÍA XXI, SL** representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 11 de junio de 2012 en el expediente sancionador S/0304/10 ENDESA. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 5.475.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Comisión Nacional de la Competencia dictó el 11 de junio de 2012 resolución en el expediente S/0304/10 ENDESA cuya parte dispositiva establece:

"1º. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de la que es autora la empresa Endesa Energía XXI, SL.

2º Imponer a Endesa ENERGÍA XXI, SL como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 5.475.000 euros.

3º Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 13 de julio de 2012 contra la citada resolución ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 20 de noviembre de 2012 solicitó dicte sentencia " *por la que estimando el presente recurso contencioso-administrativo .*

1) Declare que no es conforme a derecho y anule íntegramente la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de junio de 2012, dictada en el expediente S/304/10 en cuya virtud se sanciona a mi representado con una multa de cinco millones cuatrocientos setenta y cinco mil (5.475.000 euros).

2) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número 1 anterior, modifique la resolución impugnada declarando que no corresponde imponer sanción alguna a mi representada.

3) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números 1 y 2 precedentes modifique la resolución impugnada, reduciendo la multa impuesta en los términos concretamente expuestos en el fundamento jurídico cuarto.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 19 de febrero de 2013. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 18 de junio de 2013 lo que se efectuó el 8 de octubre de 2013. No se ha cumplido el plazo para dictar Sentencia.



VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 11 de junio de 2012 en el expediente sancionador S/0304/10 ENDESA.

La CNC considera que ENDESA ENERGÍA SIGLO XXI SL (EEXXI). ha cometido una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, que prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia afecten al interés público. La conducta llevada a cabo consistió en el traspaso al mercado libre de los clientes sin derecho a tarifa de último recurso (TUR) que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial.

Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones.

1. No concurre ninguno de los presupuestos que necesaria y acumulativamente deben concurrir a los efectos de la aplicación del artículo 3 de la Ley 15/2007 ya que a) la CNC no ha logrado demostrar que la conducta de ENDESA suponga una vulneración de normativa sectorial eléctrica y en concreto la disposición adicional primera de la orden ITC/1659/2009 b) La conducta imputada no tiene aptitud para falsear la competencia c) no afecta al interés público.

2. Subsidiariamente en el supuesto que se admitiera que se ha cometido una infracción del artículo 3 LDC vulneración del principio de proporcionalidad al haber calculado la sanción sin tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64 LDC.

SEGUNDO: Para resolver este pleito debe tenerse en cuenta el contexto normativo en el que se desarrollaron las actuaciones objeto de imputación.

La Ley 17/2007, de 4 de julio por la que se modifica la ley 54/1997 de 27 de noviembre del sector eléctrico introdujo numerosas reformas en el sector eléctrico cuyo objeto era cambiar el modelo de suministro tarifario e introducir un modelo de mercado libre destacando, por lo que aquí interesa: 1) la eliminación del suministro a tarifa por parte de las empresas distribuidoras de electricidad, de forma que el suministro pasa a ser realizado en su totalidad por los comercializadores, siendo los consumidores quienes eligen libremente a su comercializador; 2) el reconocimiento a determinados consumidores del derecho a acogerse a las denominadas tarifas de último recurso (en adelante, "TUR"); y 3) la obligación de que los comercializadores de último recurso (CUR) suministren a los consumidores que se acojan a la TUR.

En desarrollo de dicha normativa se dictó el Real Decreto 485/2009 de 3 de abril que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica que impone a las CUR no solo la obligación de suministrar a los consumidores que se acojan a la TUR (artículo 3.1) sino también en su artículo 3.2 la de suministrar a aquellos consumidores que sin derecho a acogerse a la TUR a fecha de 1 de julio de 2009 transitoriamente carecieran de un contrato en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad (en adelante los consumidores no TUR).

En desarrollo del Real Decreto 485/2009 se dictó la orden ITC/1659/2009 de 22 de junio que establece el mecanismo de traspaso de clientes en el mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica. En lo que aquí interesa establece que en el caso de que transcurran 6 meses sin que el consumidor TUR contrate el suministro en mercado libre, se considerará rescindido el contrato entre el consumidor y el CUR (comercializador de último recurso) y podrá el CUR exigir la suspensión del suministro a la empresa distribuidora. Estas disposiciones serían de aplicación desde el 1 de julio de 2009 pero sucesivas ordenes ministeriales dictadas en días próximos a la expiración del correspondiente periodo transitorio, establecieron una prórroga de los plazos previstos para la suspensión del suministro hasta el 31 de diciembre de 2010 (orden ITC/3519/2009 de 28 de diciembre) y nuevamente ampliada al 31 de diciembre de 2011 (orden ITC 3353/2010 de 28 de diciembre) y de nuevo ampliada al 31 de diciembre de 2012 (orden IET/3586/2011 de 30 de diciembre).

El 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, ENDESA asumió el suministro de 504.605 consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, transitoriamente carecían de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continuaban consumiendo electricidad.

ENDESA remitió entre noviembre de 2009 y octubre de 2010 cartas a los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo suministrados transitoriamente por la comercializadora de último recurso, en aplicación del Real Decreto 485/2009. Del total de los 504.625 puntos sin derecho a TUR que estaban siendo transitoriamente suministrados por ENDESA el 1 de julio de 2009, 327.241 (65%) fueron



objeto de las cartas enviadas. En dichas cartas se informaba a los consumidores de que el suministrador a partir del 1 de julio de 2009 había pasado a ser asumido por la CUR de Endesa. Se informaba acerca del proceso transitorio y del inminente corte de suministro. Se adjuntaban las condiciones generales del contrato a precio libre y se ofrecía un descuento del 2% sobre el consumo de electricidad a cambio de la permanencia en ENDESA. Salvo que se indicara lo contrario en el plazo de 30 días se entendía que se aceptaban dichas condiciones generales y recordaba la posibilidad de conocer las ofertas de otras comercializadoras a precio libre adjuntando un listado de las mismas.

TERCERO: Considera la CNC que la conducta consistente en modificar la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, sin la obtención previa del consentimiento expreso de dichos clientes, constituye un acto de competencia desleal tipificado en el artículo 3 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia que establece que tendrán el tratamiento de conducta prohibida aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Para que sea aplicable el tipo previsto en el artículo 3 LDC es necesario que concurren de forma acumulativa tres elementos

1. Un acto de competencia desleal. En este caso el Consejo alude a una vulneración del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal al considerar que la conducta imputada ha supuesto una vulneración de una norma jurídica que tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial concretamente la disposición adicional primera de la orden ITC/1659/2009 que exige el consentimiento expreso de los consumidores en los cambios de suministrador llevados a cabo.
2. Un acto con aptitud para falsear la competencia.
3. Un acto que afecte al interés público.

Entiende el recurrente que la resolución impugnada no ha logrado demostrar la concurrencia de ninguno de los presupuestos que necesariamente ha de darse a efectos de aplicar el tipo previsto en el artículo 3 LDCE, lo que analizamos en los siguientes fundamentos de derecho.

CUARTO: En cuanto al primero de los requisitos referido a que la conducta imputada (la migración de los clientes no TUR, sujetos a tarifa con recargo, dentro de la propia sociedad sin recabar el consentimiento expreso) ha supuesto una vulneración de la disposición adicional primera de la orden ITC/1659/2009 que exige el consentimiento expreso de los consumidores en los cambios de suministrador.

Alega ENDESA que no es aplicable la disposición adicional primera de la orden ITC/1659/2009 que exige el consentimiento expreso del cliente ya que de la literalidad de la rúbrica de dicha disposición y del contenido de la misma se desprende que regula exclusivamente el cambio de suministrador y en este caso el suministrador sigue siendo el mismo y lo que ha habido es exclusivamente una modificación contractual sin cambio en la personalidad jurídica del comercializador. siendo aplicable el artículo 110 ter d) del Real Decreto 1955/2000 que establece la obligación de informar al consumidor de la intención de modificar el contrato y del derecho del cliente a resolverlo sin penalización que no exige el consentimiento expreso.

Tal como entiende la CNC cuyos razonamientos seguimos no puede considerarse de una interpretación razonable de la norma el entender que se podía recabarse el consentimiento tácito en este caso teniendo en cuenta el contexto jurídico-económico en que se desarrolla la conducta. La misma se enmarca en un proceso de liberalización del suministro eléctrico y, en particular, del traspaso de los clientes con menor disposición al cambio al mercado libre. A este respecto, el legislador ha adoptado disposiciones normativas específicas para facilitar el acceso de estos clientes al mercado, como son el Real Decreto 485/2009 y la Orden TC/1659/2009. Esta orden precisamente establece el mecanismo de traspaso de clientes del suministro a tarifa al suministro de último recurso y su disposición adicional primera, mediante el requisito de consentimiento expreso, pretende evitar el riesgo de que los clientes sean objeto de estrategias por parte de las compañías verticalmente integradas que fuercen su permanencia en el seno del grupo por falta de información careciendo de sentido que las obligaciones para las empresas sean diferentes por el hecho de que en el proceso de cambio de estos clientes intervengan personas jurídicas diferentes o una misma persona jurídica. Es más, precisamente cuando el traspaso de clientes se produce en el seno de una misma empresa, el riesgo de falta de transparencia y de confusión para el cliente es todavía mayor, por lo que las cautelas del legislador tienen todavía más sentido. La Comisión Nacional de la Energía considera también en su informe de la comercializadora de último recurso debería haber requerido el consentimiento expreso de los consumidores tras pasados a precio libre. " *dado el carácter sustancial de la modificación realizada por el CUR a las condiciones contractuales de consumidor, dado el derecho básico de todos los comercializadores de acceder a los puntos de suministro en igualdad de condiciones, objetivas, transparentes y no discriminatorias, y dada la necesidad*



de garantizar la protección del consumidor, el CUR debería haber requerido el consentimiento expreso de los consumidores traspasados a precio libre"

Por otra parte esta disposición adicional sí que tiene por objeto regular una actividad concurrencial ya que se trata de una normativa que pretende avanzar en la liberalización del mercado y trazar el marco en el que se debe desenvolver el comportamiento de los agentes en el mismo, favoreciendo la concurrencia.

QUINTO : En cuanto al requisito de falseamiento de la competencia de forma significativa.

Como señala la resolución recurrida ENDESA, en su condición de CUR, recibió de forma automática los datos relativos a los clientes que le eran traspasados con anterioridad al 1 de julio de 2009. Entre ellos, los datos de aquellos consumidores sin derecho a TUR que transitoriamente debían ser suministrados por los CUR a una TUR penalizada. Estos datos fueron después usados para traspasar a los clientes, con un automatismo que la norma no contempla, a su cartera de clientes suministrados a precio libre. Con ello, se ha evitado que los clientes hagan lo que el legislador pretendía: que, presionados por la penalización en la tarifa, buscaran en el mercado la oferta más conveniente para ellos de forma que se minorara la inercia del mercado y se favoreciera la competencia, dando a otros competidores la oportunidad de tener un acceso más fácil a esos clientes.

Considera Endesa que la conducta imputada no ha afectado de forma significativa a la competencia y que no ha generado barreras de entrada ya que 1) los competidores pudieron hacer ofertas competitivas replicando y mejorando la oferta de Endesa ya que ésta dejaba margen suficiente para que terceros operadores pudieran ofrecer descuentos lo suficientemente atractivos como para fomentar la salida de este tipo de clientes. 2) el análisis de la tasa de bajas de Endesa respecto a los clientes no TUR afectados acredita que Endesa no obtuvo ninguna ventaja competitiva pues dicha tasa es superior a la tasa de cambio de suministrador en el conjunto del mercado libre 3) la cuota de mercado de Endesa en el segmento de clientes sin derecho a TUR fue decreciendo progresivamente y esa evolución decreciente coincide temporalmente con las comunicaciones emitidas por Endesa en las que se anunciaba a los clientes la posibilidad de contratar en el mercado con cualquier comercializador. 4) mas del 60% de las bajas de clientes no TUR suministrados transitoriamente por Endesa se debieron a que los consumidores recibieron ofertas de terceras comercializadoras. Añade que en los hechos tomados en cuenta en el expediente S/0184/09 Gas Natural (resolución de 29 de julio de 2011) a efectos de acreditar la aplicabilidad del artículo 3 LDC han sido precisamente los contrarios a los demostrados en el presente caso-pérdida de clientes por parte de ENDESA, frente a incrementos de volumen de clientes por parte de Gas Natural, lo que constituye una prueba adicional de que ENDESA ni desincentivó ni obstaculizó la captación de clientes por parte de terceros comercializadores y que por tanto el artículo 3 no es aplicable al presente caso. Lo mismo sucede en el expediente S/0213/10 Iberdrola Sur (resolución de 24 de febrero de 2012) en la que el Consejo tuvo en cuenta a efectos de demostrar la afectación sensible de la competencia el hecho de que " *el porcentaje de receptores de cartas que fueron traspasados es superior a la cuota de fidelización de Iberdrola en mercado libre suministrados por la comercializadora del grupo*".

ENDESA en apoyo de sus alegaciones apuro en vía administrativa y ratificados a presencia judicial dos informes periciales realizados por la misma consultora "análisis de la conducta de EEXXI en el mercado de comercialización de electricidad" (I y II)" de 14 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre de 2011 respectivamente al objeto de acreditar que no se ha producido un falseamiento de la competencia de forma significativa.

El informe de 14 de noviembre de 2011 concluye que 1) las comercializadoras competidoras tienen un margen sustancial para mejorar las condiciones aplicadas. Con lo cual no se puede determinar que la conducta haya reforzado las barreras al cambio de suministrador o haya obstaculizado el acceso a tales consumidores por parte de terceras comercializadoras. 2) La cuota de Endesa sobre el total de los clientes sin derecho a TUR se ha reducido sustancialmente, y la tasa de baja de clientes ha sido de un orden de magnitud superior a la observada en el mercado libre.

El segundo informe de 12 de diciembre de 2011 concluye que 1) La conducta no tuvo el efecto de retener a los clientes sino que motivó e incentivó el cambio de suministrador, al observarse una tasa mas baja para los clientes a los que se les envió la carta. 2) A través de una encuesta determinan que el envío de la carta conjuntamente con la factura constituye un medio fiable de comunicación, ya que el 80% de los entrevistados recuerda recibir de forma regular su factura electrónica. 3) El sistema de información de puntos de suministro (SIPS) permite la adecuada identificación de estos clientes por otras comercializadoras y, a través de una encuesta realizada a clientes, que sostiene que este grupo de clientes afectado por la práctica efectivamente recibieron ofertas de otras comercializadoras.

Estos informes a juicio de esta Sala no desvirtúan los argumentos expuestos en la resolución recurrida referidos al falseamiento de la libre competencia En efecto, la resolución recurrida ya reconoce que la oferta económica de precios de ENDESA era menos ventajosa que la de terceros operadores (el descuento de



ENDESA es reducido y a partir de la TUR penalizada) y que no consiguió retener a esos clientes: casi la mitad al cabo de menos de dos años se había ido a otras comercializadoras pero entiende criterio que comparte esta Sala que las condiciones de competencia se han visto sensiblemente alteradas ya que para que se produzca un acto de competencia desleal que falsee la competencia en el mercado no es necesario que se produzca un cierre total del mismo, basta que las condiciones de competencia se vean sensiblemente alteradas y en este caso es innegable que ha habido una afectación de la competencia. El resto de las comercializadoras se ha visto en desventaja para atraer a estos consumidores sin derecho a TUR a su cartera de clientes del mercado libre. Así se deduce del segundo informe aportado por ENDESA que recoge una encuesta realizada a sus clientes en la que se observa que las terceras comercializadoras, para realizar oferta a estos clientes han tenido que recurrir fundamentalmente a visitas presenciales.

Por otra parte como señala el Abogado del Estado el primer informe pericial 1º) Asume que las tarifas superiores por parte de Endesa, favorecerán la existencia de ofertas más ventajosas por parte de la competencia. Sin embargo, esto no implica que se vaya a producir una tasa de cambio de compañía por parte de los consumidores. Al contrario, la existencia de esas elevadas tarifas puede ser una consecuencia precisamente de esa poca disponibilidad al cambio. 2º) En cuanto a la caída de consumidores en el periodo no hay motivo que permita vincular esa caída exclusivamente con el envío de cartas, y la información disponible no permite determinar si esta tendencia existía con anterioridad. 3º) Con respecto a la comparación de las tasas de cambio entre consumidores en el mercado libre y en el mercado regulado tal comparación no es apropiada pues los consumidores del mercado libre se refieren a consumidores que ya han realizado cambios de suministrador con anterioridad (y posiblemente recientes, cabe presumir que son proclives al cambio de suministrador) además como el propio informe apunta, al ser consumidores del mercado libre y no tener aplicado el recargo existiría menos margen de los competidores para mejorar las tarifas. En cuanto al segundo informe. 1º) El análisis de la pérdida de clientes tiene el mismo problema, que en el primer informe (no permite analizar la tendencia) pero además mientras Endesa afirma que el envío de cartas fue paulatino el informe se basa en que el efecto de la carta fue inmediato (que produjo efectos el mismo mes que se mandó) cosa que no es posible si debía transcurrir al menos un mes. 2º) Además al coincidir el envío de las cartas con la elevación de la TUR, no es posible afirmar que este envío fuera la causa de un mayor cambio en la elección de comercializador de energía por parte de los consumidores. 3º) Con respecto al método de entrega de la carta, el hecho que los encuestados recuerden "recibir la factura electrónica" no implica que los clientes analicen la información adjunta a esa factura.

SEXTO : Respecto al tercero de los requisitos, la CNC considera que la conducta afecta al interés público ya que afecta a un servicio esencial como es el suministro eléctrico y se ha desarrollado en pleno calendario de supresión del sistema tarifario integral y de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica. La actuación de ENDESA ha obstaculizado la posibilidad de los demás comercializadores de competir por estos consumidores y a éstos de encontrar mejores alternativas de suministro, lo que ha provocado una distorsión de la situación competitiva en un mercado de gran relevancia para el consumidor, por tratarse de un servicio de primera necesidad.

Señala el recurrente que no basta que la conducta afecte a un servicio esencial y que la misma se haya producido en un momento clave del sector sino que es necesario que la conducta atente directamente contra ese proceso de liberalización por afectar gravemente a la estructura competitiva del mercado, lo que se comparte y precisamente es lo que ha sucedido en este caso ya que dicha conducta ha obstaculizado en un momento temporal relevante el acceso de los competidores en el mercado tal como se razona en la resolución de la CNC

SEPTIMO: En cuanto al cálculo de la multa el Consejo sigue en este caso los criterios y metodología empleados en el expediente S/0213/10 IBERDROLA SUR (inspirado a su vez en S/0184/09 GAS NATURAL) método que viene descrito en el fundamento de derecho cuarto de la resolución de la CNC.

Así parte de aquellos consumidores que fueron destinatarios de la carta y que eran susceptibles de haberse cambiado de compañía. En segundo lugar, se calcula el volumen de ventas imputable a este número de clientes durante el periodo de infracción. Para ello se ha utilizado el consumo medio mes a mes de los puntos de suministro sin derecho a TUR pero suministrados por comercializadoras de último recurso, publicados en boletines de indicadores eléctricos y económicos de la CNE. Respecto a la estimación de la potencia contratada se ha considerado una media de 15 KW (aunque probablemente el dato real sea mas alto teniendo en cuenta que en todos los casos es superior al 10KW. Este cálculo también es favorable a ENDESA en la medida que se ha delimitado el volumen de ventas afectado significativamente inferior al del mercado afectado globalmente por la conducta que sería el de la comercialización eléctrica de ENDESA

La tarifas utilizadas son las aplicadas a los consumidores traspasados en la segunda y tercera remesa de las cartas. La conducta se considera iniciada en noviembre de 2009 con el envío de la primera remesa de cartas



dirigida a los clientes domésticos y finaliza en octubre de 2010 con el envío de la última remesa. (un período inferior a un año)

Aplicando estos parámetros el volumen de ventas afectado por la infracción cometida por ENDESA sería de 109.500.661 euros. Dado que es una infracción grave el Consejo aplica un porcentaje del 5% sobre dicha cantidad del que resulta un importe de 5.475.000 euros.

Considera el recurrente que la CNC ha vulnerado el principio de proporcionalidad al no haber aplicado correctamente el límite del 5% previsto en el artículo 63 1 b) de la LDC, que se ha delimitado de forma incorrecta la parte del mercado expuesta a la conducta infractora, que no se ha tenido en cuenta la ausencia de efectos de la conducta y la concurrencia de circunstancias atenuantes. No considera esta Sala que la multa vulnere el principio de proporcionalidad y ello por lo siguiente:

La multa impuesta no supera el límite máximo previsto en el artículo 63 1 b) de la LDC para las infracciones graves "el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa" de conformidad con la interpretación realizada por las sentencias de esta Sala en los recursos contencioso-administrativos 619/2010, 535/2010 interpuestos contra la resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08) ya que se ha tenido en cuenta para calcular la sanción exclusivamente aquellos consumidores que fueron destinatarios de la carta y que eran susceptibles de haberse cambiado de compañía

No se aprecia tampoco un cálculo erróneo del segmento de mercado ya que se parte de aquellos consumidores que fueron destinatarios de la carta y que eran susceptibles de haberse cambiado de compañía. Es decir, se aminoró del volumen de clientes que fueron objeto de remisión de cartas, aquellos clientes que supuestamente hubieran elegido quedarse en ENDESA de todas formas tomando el dato de la tasa de fidelización (91%). Este es un cálculo muy favorable para Endesa puesto que, tal como afirma la propia empresa la tasa de fidelización de ENDESA ENERGÍA XXI ha sido muy inferior. La CNC no asume como afirma el recurrente que el 100% de los clientes a los que se remitieron las cartas fueron objeto de modificación contractual ya que esa cifra es minorada teniendo en cuenta una tasa de fidelización del 91%.

En cuanto a la concurrencia de circunstancias atenuantes (falta de efectos, la situación regulatoria existente, el limitado alcance de la conducta y su limitada duración menos de un año) no se aprecia que concurren ya que 1) Las condiciones de competencia se vieron sensiblemente alteradas como razona la CNC y que hemos hecho referencia en la sentencia 2) En cuanto al alcance de la conducta la CNC entiende que no debe valorarse respecto al total del mercado de suministro de electricidad en el que los que recibieron las cartas representan un porcentaje del 1,1% sino de los consumidores sin derecho a TUR penalizados que podían salir al mercado libre, a los que los competidores hubieran debido poder optar. Del total de estos clientes Endesa asumió un 41% y de ellos un 65% fueron destinatarios de las campañas. 3) Por otra parte precisamente la situación regulatoria existente llevó a la Dirección de Investigación a considerar la existencia de una agravante (que la CNC no apreció ya que se ha tenido en cuenta al analizar el contexto jurídico de la infracción) teniendo en cuenta el especial momento competencial en que se encontraba el mercado, habiendo adoptado el legislador disposiciones normativas específicas para fomentar la transparencia en el proceso del paso de los clientes del mercado regulado (tarifa disuasoria) al mercado libre. 4) Ciertamente la conducta se desarrolló en un tiempo limitado pero es precisamente en ese período y no otro en el que podía realizarse como consecuencia de la normativa que establecía un calendario de supresión del sistema tarifario integral y de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica.

OCTAVO : Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso y se imponen las costas a la parte actora conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, vigente en la fecha de interposición del presente recurso.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **ENDESA ENERGÍA XXIS.L.** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 11 de junio de 2012 en el expediente sancionador S/0304/10 que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. Las costas se imponen a la parte actora.



Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ