



Roj: **SAN 5152/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:5152**

Id Cendoj: **28079230062013100583**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/11/2013**

Nº de Recurso: **197/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número **197/2012** se tramita a instancia de las entidades **IBERDROLA, S.A., IBERDROLA CUR S.A.U E IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.** representadas por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 24 de febrero de 2012, sobre **prácticas restrictivas de la competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo **codemandado** la Sociedad **ENDESA ENERGIA XXI S.L.**, entidad representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 24 de, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y por formalizada la demanda en los presentes autos por parte de IBERDROLA, S.A. IBERDROLA CUR, S.A.U. e IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U, con devolución del expediente, y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

1º) *Anule íntegramente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de febrero de 2012 (Expte. s/2013/10 IBERDROLA SUR).*

2º) *Subsidiariamente, para el caso de que esta Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente la citada Resolución, reduciendo el importe de la multa impuesta, en los términos subsidiariamente expuestos en el Fundamento Jurídico v de esta demanda."*

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Sentencia desestimatoria, con expresa imposición de costas a la demandante."*

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 30 de octubre de 2012 se dió traslado a los codemandados. Por resolución de fecha 18 de febrero de 2013 se precluye el plazo para que contestara la demanda la parte codemandada.

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 18 de febrero de 2013, acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos;



tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 25 de septiembre de 2013 se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre de 2013.

5. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia, dada la complejidad de la cuestión litigiosa en relación con el importe de la sanción impuesta y el volumen del expediente administrativo. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de febrero de 2012 (expediente S/0213/10 IBERDROLA SUR), en cuya virtud se impuso una sanción de 10.685.000 de euros a IBERDROLA, S.A., IBERDROLA CUR S.A.U e IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., como consecuencia de declarar en la propia parte dispositiva que ha resultado acreditada una infracción del artículo 3 de la Ley de la Defensa de la Competencia y considerar responsables a dichas tres sociedades.

La parte dispositiva de dicha resolución es del siguiente tenor literal:

"..."

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del *Artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia*, de la que son responsables IBERDROLA, S.A., IBERDROLA CUR, S.A.U. e IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.

SEGUNDO.- Imponer a IBERDROLA S.A., IBERDROLA CUR S.A.U. e IBERDROLA GENERACION S.A.U. una multa sancionadora por importe de 10.685.000 euros, de la que responderán solidariamente.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

2. En la propia Resolución impugnada se contiene la siguiente relación de

"HECHOS ACREDITADOS":

3.1 El 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, IBERCUR asumió el suministro de 470.791 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.

De acuerdo con los datos facilitados por la CNE (folios 1339 a 1342), el número de consumidores sin derecho a tarifa de último recurso, suministrados por comercializadores de último recurso, son los que aparecen en la tabla siguiente:

El número de clientes sin derecho a TUR suministrados por un CUR ha sido calculado como la suma de los consumidores a AT y a BT con potencia >10 kW, suministrados por un CUR.

Al número de consumidores suministrados por Endesa Energía XXI el 1 de julio de 2010, de acuerdo con los datos facilitados por la CNE, se le ha restado el número de consumidores que, según los mismos datos, estaban siendo suministrados por la empresa a precio libre (192.273, folio 1338).

Como puede apreciarse en la tabla anterior, el número de consumidores cuyo suministro fue asumido por IBERCUR, el 1 de julio de 2009, en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, ascendió a 470.791 (9.165 de alta tensión y 461.626 de baja tensión). Los clientes asumidos por IBERDROLA representaban el 39% de los clientes en situación transitoria (más del 80% de estos clientes fueron asumidos por dos grupos empresariales: IBERDROLA y ENDESA).. Respecto a la totalidad de los clientes de IBERDROLA (tanto en mercado libre como en suministro de último recurso), representaban el 4,6%, en número de clientes, y el 19,4%, en términos de energía.

Un año más tarde, el número de consumidores que permanecían en situación transitoria en la comercializadora de último recurso del grupo IBERDROLA se había reducido considerablemente hasta los 25.030, el 5% de los iniciales (21% de ENDESA, un 33% de GNF, un 17% de HC-Naturgas y un 36% de E.ON).

3.2 IBERCUR e IBERDROLA remitieron cartas a los consumidores que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR. (folios 282 a 286)



Entre julio de 2009 y marzo de 2010, IBERDROLA e IBERCUR remitieron una serie de cartas a los clientes que, sin tener derecho a acogerse a tarifa de último recurso, estaban siendo transitoriamente suministrados por IBERCUR. Las cartas remitidas pueden clasificarse en cuatro tipos (remesas), cada uno de los cuales se describe en los apartados siguientes. En el diagrama a continuación se presenta el proceso esquematizado:

3.2.1 Primera remesa

IBERCUR realizó un primer envío de cartas durante la primera semana del mes de julio de 2009 a un total de 430.316 consumidores que, sin derecho a TUR, estaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR. Se elaboraron dos versiones de carta: una dirigida a clientes de baja tensión con potencia contratada superior a 10 kW y la otra dirigida a clientes de alta tensión.

A mediados de noviembre de 2009, se realizó otro envío de cartas similares a 42.262 destinatarios, correspondientes a Administraciones Públicas, y otras 1.619 a clientes a tarifa que procedían de otras distribuidoras sin comercializadora de último recurso que, en aplicación de la normativa, en julio de 2009 habían optado por ceder sus contratos a IBERCUR.

En total, la primera remesa fue enviada a 474.197 destinatarios entre julio y noviembre de 2009.

En esta remesa de cartas se informaba a los clientes de lo siguiente (folios 319 y 321):

"Como ya le fue comunicado por su empresa distribuidora y de acuerdo con lo previsto en la normativa europea, desde el 1 de julio de 2009 su suministro de energía eléctrica en [...] ha pasado a ser asumido por IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U.

Dicho suministro se efectuará en las condiciones previstas en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado de tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica (en especial en lo referido al precio y sus incrementos automáticos), y en las Condiciones Generales de IBERDROLA para suministros a consumidores que no tienen derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (con potencia contratada superior a 10 kW) ("las Condiciones Generales de IBERDROLA para suministros de alta tensión, que no tienen derecho a acogerse a la tarifa de último recurso", en el caso de clientes de alta tensión) que le adjuntamos.

Salvo que el plazo de treinta días desde la recepción de la presente nos indique lo contrario, entenderemos que acepta las Condiciones Generales que le adjuntamos, especialmente en lo referido a la cesión contractual y la autorización para el tratamiento de datos de carácter personal para la finalidad de gestión del contrato y promocional del acuerdo con lo previsto en las mismas.

Asimismo, le recordamos que, en cualquier momento, usted podrá optar por cualquiera de las comercializadoras de electricidad que se indican en el listado publicado en la página de Internet de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es."

3.2.3 Tercera remesa

En la última semana de septiembre de 2009, IBERDROLA realizó un envío de cartas a un total de 279.370 destinatarios.

Durante la primera semana de enero de 2010, se envió la misma carta a 19.977 destinatarios, correspondientes a la categoría de Administraciones Públicas.

El 18 de marzo de 2010, se envió una carta similar a 9.268 destinatarios, correspondientes principalmente a consumidores procedentes de pequeñas distribuidoras locales.

Por tanto, en total, fueron enviadas 308.615 cartas en esta remesa.

En ellas, se informaba de lo siguiente (folio 327, 622 y 625) :

"Tal y como le comunicó IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. y habiendo transcurrido el plazo de cuarenta días sin que haya comunicado otra decisión, su suministro pasará a ser asumido por IBERDROLA S.A. (IBERDROLA GENERACION S.A.U. en las cartas del 18 de marzo) en las condiciones de mercado que se le indicaron y que le adjuntamos incorporadas al correspondiente Contrato y Condiciones Generales del suministro. Esta cesión coincidirá con la fecha de la próxima lectura de su contador, sin perjuicio [SIC] de que no se utilizarán sus datos para la finalidad promocional prevista en el Contrato hasta pasado un mes desde la recepción de la presente, periodo durante el cual usted nos podrá comunicar su oposición a dicho tratamiento.

En el caso de que usted ya hubiese contratado su suministro con otra comercializadora en mercado libre, le rogamos que no tenga en consideración esta comunicación ya que su suministro será asumido por la



comercializadora de su elección. Asimismo, le recordamos que, si lo desea, podrá rescindir éste Contrato en cualquier momento, sin penalización alguna y, contratar con cualquiera de las empresas comercializadoras indicadas en el listado publicado en la página Web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.com.

Esperando que estas nuevas condiciones económicas sean claramente beneficiosas para usted (...)"

3.2.4 Cuarta remesa

Durante la primera semana de noviembre de 2009, IBERDROLA envió una cuarta carta a un total de 271.557 destinatarios. Se elaboraron dos versiones de carta: una dirigida a clientes con discriminación horaria nocturna y otra dirigida a clientes sin discriminación horaria.

Se informaba de lo siguiente (folio 331):

"Tal y como le hemos venido informando durante los últimos meses, según la normativa aplicable, aquellos suministros con potencia contratada superior a 10 kW, como es su caso en [...] que no contasen con un contrato en mercado libre, se verían afectados a partir del 1 de octubre de 2009 con incrementos trimestrales del 5% en los precios.

Iberdrola le ha proporcionado una solución en mercado libre, con unas condiciones muy ventajosas para usted:

Un 12% de descuento sobre todo su consumo de electricidad durante 2009 independientemente del periodo horario de consumo (sobre el término de energía del periodo valle, en el caso de clientes con discriminación horaria nocturna).

Para su tranquilidad, Iberdrola se ha ocupado ya de la activación de su contrato, para que disfrute de estas ventajas, por lo que Usted no necesita realizar ninguna gestión ni trámite adicional."

3.2.5 Devoluciones

El método utilizado por IBERDROLA para el envío de las cartas fue "un sistema de comunicaciones certificadas en origen con gestión de devueltos" (folios 594 y 595). Este sistema no permite tener constancia de que las cartas han sido efectivamente recibidas por el destinatario.

3.3. Siguiendo el procedimiento descrito en las cartas, del total de 470.791 clientes sin derecho a TUR que estaban siendo transitoriamente suministrados por IBERCUR a 1 de julio de 2009 (véase Hecho Acreditado 3.1), 339.012 (72% de los anteriores) fueron objeto de la estrategia analizada, es decir, fueron destinatarios de la segunda remesa de cartas (Véase Hecho Acreditado 3.2.2), de los que 268.001 (el 79% de los destinatarios de la estrategia analizada) fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso (folio 603).

De los 268.001 consumidores traspasados, a fecha 13 de mayo de 2011, (CONFIDENCIAL) consumidores (CONFIDENCIAL) % de los traspasados) habían firmado un contrato de suministro con una comercializadora ajena al grupo IBERDROLA, es decir, que con la excepción de los clientes que optaron por causar baja definitiva como punto de suministro, el resto de consumidores traspasados (alrededor del 70%) continúan estando vinculados al Grupo IBERDROLA, bien porque modificaron expresamente las condiciones de su contrato para poder acogerse a la TUR (con lo que continuaron siendo suministradas por IBERCUR, a la TUR), bien porque manifestaron expresamente su deseo de ser suministradas por IBERDROLA en condiciones negociadas individualmente.

3.4. Condiciones que resultan de aplicación a cada tipo de suministro.

En el Título VI del Real Decreto 1955/2000 se establecen las condiciones que regulan el suministro de energía eléctrica. Esas condiciones se completan con las establecidas en el Real Decreto 1435/2002, para los consumidores de baja tensión.

Respecto a los consumidores acogidos a tarifa de último recurso, el artículo 5 del Real Decreto 485/2009 establece lo siguiente:

1. A todos los efectos, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado.

2. No obstante lo anterior, les serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en la sección IV del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000 (...). Los preceptos recogidos en esa sección establecen los criterios para el pago, la suspensión y la reposición del suministro.

Las condiciones que aplican a todos los consumidores son iguales, independientemente del tipo de suministro que tengan, excepto en lo que se refiere al pago y suspensión del suministro, en donde se regulan condiciones específicas para los consumidores acogidos a tarifa de último recurso.

Adicionalmente, cada comercializador aplica unas condiciones generales a cada tipo de suministro y unas condiciones particulares a cada consumidor concreto.

3.5. IBERDROLA e IBERCUR aplican distintas condiciones generales en sus contratos de suministro de electricidad. Ambos modelos de condiciones fueron adaptados para los consumidores sin derecho a TUR.

IBERDROLA e IBERCUR establecen unas condiciones generales, que resultan de aplicación a sus suministros (de último recurso, en el caso de IBERCUR, y en mercado libre, en el caso de IBERDROLA). Adicionalmente, para cada contrato de suministro con cada cliente, serán de aplicación las condiciones particulares propias de cada uno de los clientes.

Ambas hicieron adaptaciones de estas condiciones generales, para los clientes objeto de análisis. Así, establecieron unas condiciones generales para los clientes de IBERCUR sin derecho a TUR, remitidas en la primera remesa de cartas, y otras para los clientes de IBERDROLA traspasados automáticamente desde IBERCUR, remitidas en la tercera remesa de cartas.

En los hechos que nos ocupan, los consumidores pasaron de las condiciones generales para los clientes de IBERCUR sin derecho a TUR a las condiciones generales para los clientes de IBERDROLA traspasados automáticamente desde IBERCUR. Las principales diferencias entre unas y otras condiciones se refieren al suministrador (CUR, en un caso, y libre, en el otro), a la duración del contrato (límite establecido en la normativa, en un caso, y anual prorrogable, en otro), al precio a aplicar (tarifa establecida en la normativa, en un caso, y precio libre en otro) y a la terminación del contrato.

Por lo que se refiere a la terminación del contrato, las condiciones generales para los clientes traspasados, no recogían ningún tipo de penalización por rescisión anticipada del contrato, lo que resulta coherente con la información recogida en las cartas.

Por una parte, en la carta enviada en la segunda remesa a los clientes de IBERCUR sin derecho a TUR (véase Hecho Acreditado **3.2.2**) se establecía que: *"Asimismo, le informamos de que podrá rescindir en cualquier momento el contrato con IBERDROLA, S.A., sin penalización alguna y contratar con cualquier otro comercializador."*

Igualmente, en la carta enviada en la tercera remesa se recogía que: *"Asimismo, le recordamos que, si lo desea, podrá rescindir este Contrato en cualquier momento, sin penalización alguna."*

Sin embargo, en las condiciones particulares que fueron adjuntadas a las cartas enviadas en esta misma remesa, aparece la siguiente cláusula (folios 337, 339, 340 y 341):

"CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS

La terminación del Contrato con anterioridad al 31-12-2009 por cualquier causa imputable al Cliente implicará la pérdida del derecho a recibir los descuentos ofertados."

Por lo que se refiere a la cesión de los contratos, en los 4 tipos de condiciones generales anteriores, se recoge idéntica cláusula 10ª, que reza como sigue:

"10.-SUBROGACIÓN Y CESIÓN

10.1.- Para la subrogación en los derechos y obligaciones del Contrato, bastará con comunicar de forma fehaciente a IBERDROLA el cambio de titularidad, siempre que se esté al corriente en el pago. Esta comunicación deberá contener la conformidad del nuevo Cliente que deberá hacer constar sus datos personales y domicilio a efectos de presentación de las facturas, el CIF o NIF, y los datos de domiciliación bancaria.

10.2.- IBERDROLA podrá ceder el Contrato y los derechos y obligaciones dimanantes del Contrato a cualquier sociedad participada, vinculada o sucesora de IBERDROLA que pueda prestar en un futuro el servicio objeto del Contrato, bastando a tal efecto la oportuna comunicación al Cliente."

3.6 IBERDROLA llevó a cabo una presentación en la CNE, el 17 de septiembre de 2009, informando del procedimiento que iba a seguir. La CNE valoró los hechos denunciados en su "Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador en el mercado libre" de 27 de julio de 2010 y en las dos respuestas dadas a la CNC como contestación a sus requerimientos.

La CNE, en su "Respuesta a la solicitud de la CNC de información en el marco de la denuncia por parte de Gas Natural, SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L. contra Iberdrola", de 6 de mayo de 2010 confirma que: *"El 17 de septiembre de 2009, efectivamente hubo una reunión entre los servicios técnicos de la CNE e Iberdrola. El contenido de dicha reunión se centró en la presentación por parte de Iberdrola de los procesos realizados por este comercializador para la implantación del suministro de Último Recurso, las campañas comerciales previstas por*



la empresa y algunos temas regulatorios pendientes de desarrollo normativo. Esta reunión se enmarca dentro del ámbito de las reuniones periódicas que esta Comisión mantiene con los agentes, a fin de conocer la evolución de todos estos aspectos, más relevante aún si cabe, desde la desaparición el 1 de julio de 2009 de todas las tarifas integrales de electricidad." (folio 345).

Además, valora que " En dicha reunión no se realizó, por no ser la vía apropiada para ello, una valoración o juicio sobre lo expuesto por Iberdrola, ya que la reunión constituía un mecanismo informal de recepción de información, y no puede considerarse un medio para que la CNE decida o resuelva -actuando de una forma sumaria- asuntos en los que pueda tener competencia. Ello, al margen de que, por lo demás, las competencias de la CNE se han de ejercitar formalmente por su Consejo de Administración, tal y como prevé el artículo 19 de su Reglamento (aprobado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio), quien en consecuencia no puede entenderse vinculado por lo expuesto o por lo tratado en este tipo de reuniones." (folio 345)

Concluye que " Por tales razones, el Consejo de la CNE, en su reunión de 22 de diciembre de 2009, (...) acordó iniciar Expediente Informativo con el fin de analizar las dificultades de contratar el suministro de electricidad con comercializadores libres, por parte de los consumidores que no tienen derecho a acogerse a la TUR (...) " (folio 346)

En el marco de este expediente informativo, se solicitó información a los principales agentes del sector, por lo que, en este contexto, también fueron conocedores de la práctica llevada a cabo por IBERDROLA (folios 346 y 347).

Además, indica que " Adicionalmente, el 4 de marzo de 2010, en otra de las reuniones periódicas que la CNE mantiene con los agentes, Iberdrola informó que 262.000 clientes habían sido traspasados a la comercializadora de mercado libre con las condiciones económicas que actualmente ofrece dicho mercado, siguiendo los criterios indicados en la reunión de 17 de septiembre." (folio 345) y que, con fecha 5 de marzo de 2010, IBERCUR remitió un escrito a la CNE informando sobre la medida emprendida (folio 347).

El citado Expediente informativo fue aprobado el 27 de julio de 2010, con el siguiente contenido, en relación con la actuación de Iberdrola:

" Esta actuación podría ser contraria, a la Disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, que se refiere claramente a la necesidad de que el comercializador cuente con la conformidad expresa del cliente, sin mencionar posibles excepciones a esta regla cuando el comercializador entrante y el saliente pertenecen al mismo grupo empresarial. Por tal motivo, podría indiciariamente existir una infracción de las reglas sobre formalización de los contratos o una infracción de los requisitos de contratación de los clientes . "

Añade que también " podría contravenirse al derecho básico, reconocido por la Ley del Sector Eléctrico, de todos los comercializadores de acceder a las redes y, por tanto a los puntos de suministro conectados a las mismas, en igualdad de condiciones, objetivas, transparentes y no discriminatorias . "

Además, analiza la conducta desde la normativa de competencia, concluyendo que el comportamiento de IBERDROLA " podría presentar indicios de conductas anticompetitivas " y que " se propone la remisión de este expediente a la CNC . "

Por otra parte, en su "Respuesta a la solicitud de la CNC de información en el marco de la denuncia por parte de Gas Natural, SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L. contra Iberdrola", de 23 de junio de 2010, da respuesta a las cuestiones concretas sobre la actuación de IBERDROLA planteadas por la CNC, pudiendo destacarse lo siguiente:

"(...) el paso de un comercializador de último recurso (CUR) a un comercializador libre, dentro de un mismo grupo empresarial, no puede considerarse como una subrogación contractual.

El régimen jurídico de los consumidores en el mercado libre no es idéntico al de los consumidores que están siendo suministrados por un CUR, sean estos con derecho a TUR o sin derecho a TUR pero temporalmente sin contrato en vigor.

En este caso se entiende que se trata realmente de un cambio de suministrador, que, necesariamente, requiere la conformidad expresa del consumidor de acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009." (folios 362 a 364).

Concluye así que " esta actuación (...) se basa en la conformidad tácita de los clientes, y, por tanto, no parece ajustarse a la Disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009".

Por tal motivo podría indiciariamente existir una infracción de las reglas sobre formalización de los contratos o una infracción de los requisitos de contratación de los clientes. En concreto, IBERDROLA podría haber vulnerado los apartados 1 y 4 del artículo 62 de la Ley del Sector Eléctrico . " (folio 366).



3.7 Los datos facilitados por OCSUM en sus informes periódicos sobre los procesos de cambio de suministrador muestran un incremento general de solicitudes en el 4º trimestre de 2009, que resulta especialmente relevante para IBERDROLA.

Los datos facilitados por la OCSUM en sus informes trimestrales y mensuales sobre solicitudes de cambio de suministrador (folios 679, 909, 927, 945, 972, 1031, 1068, 1076, 1084, 1092, 1100 y 1108) se recogen en la gráfica adjunta donde se reflejan las solicitudes de cambios de suministrador aceptadas, realizadas por IBERDROLA, junto con las realizadas por los restantes comercializadores.

En el gráfico se aprecia que en el cuarto trimestre de 2009 se produjo un notable incremento de la actividad en el mercado y también puede apreciarse que IBERDROLA lo hizo muy por encima de lo que lo hicieron sus competidoras. Mientras que el número de solicitudes de cambio de suministrador de los restantes comercializadores experimentó un descenso del 6%, respecto al trimestre anterior, en el caso de IBERDROLA el incremento fue del 123%.

Este hecho se hace notar en el propio seno de OCSUM, que lo refleja en su informe del cuarto trimestre de 2009, en el que recoge: " *Se detecta que en el trimestre ha habido una actividad importante por parte de un agente. En este sentido, el agente Iberdrola, S.A. manifiesta que esta actividad se ha debido principalmente a los resultados de la campaña comercial realizada para evitar la penalización aplicada a ciertos consumidores mediante la contratación en el mercado libre a los consumidores con potencia contratada superior a 10 kW, y por lo tanto, sin derecho a tarifa de último recurso, y a los que se les estaba aplicando por el comercializador de último recurso la tarifa con los recargos correspondientes.*" (folio 960)

3. La parte actora alega los siguientes motivos de recurso:

En primer término, y después de considerar el particular contexto regulatorio existente en el segundo semestre de 2009 en el mercado eléctrico, alega la parte actora la falta de tipicidad de la conducta, negando la realización de un acto de competencia desleal que produjese una distorsión de la competencia con afectación al interés público.

En segundo término, se alega ausencia del elemento subjetivo del ilícito, actuación de buena fe y de acuerdo con una interpretación razonable de la norma, con total transparencia ante el supervisor sectorial.

Subsidiariamente, carácter desproporcionado de la sanción impuesta.

El Abogado del Estado rebate los motivos alegados por la demandante y subraya la relación de hechos probados que se contiene en la Resolución impugnada y, particularmente, lo razonado en los fundamentos de derecho dos y tres de la propia resolución; solicita, por ello, la desestimación del recurso.

4. Hemos de hacer referencia, antes de entrar en el análisis de las cuestiones suscitadas, al particular contexto normativo en el que se desarrollaron las actuaciones objeto de la sanción controvertida.

Entre los años 2007 y 2009 se acometió en el sector eléctrico un proceso de liberalización para transitar de un modelo tarifario a un modelo de mercado libre, con la garantía del suministro eléctrico como el servicio esencial bajo determinadas condiciones. A tal efecto, transponiendo determinadas directivas comunitarias, se dicta la Ley 17/2007, de 4 de julio, en la que se regula la Tarifa de Último Recurso como un precio máximo que podrá cobrarse a los consumidores que, teniendo derecho a ello, se acojan a esta tarifa.

En efecto, 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 a su vez 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).

Especial mención merece el régimen transitorio de los consumidores sin derecho a la Tarifa de Último Recurso vigente en el año 2009. En efecto, el artículo 4 del Real Decreto 485/2009 estableció que, a partir del día 1 de julio de 2009, *"los consumidores que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por un comercializador de último recurso"* (artículo 3 del Real Decreto 485/2009).

Por último debe hacerse referencia a la regulación del procedimiento para realizar cambios de suministrador de electricidad a que se refiere el art. 44 de la LSE remitiendo a la norma reglamentaria el establecimiento de mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador y de resolución de reclamaciones.

El desarrollo reglamentario tuvo lugar en el Real Decreto 1435/2002, en cuyo artículo 3 se dispuso que:

"El consumidor puede optar por contratar directamente el acceso a las redes con el distribuidor y la energía con un comercializador o por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador" y continúa: *"En el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor. El contrato de suministro entre el consumidor y el comercializador, deberá formalizarse por escrito. En él deberá incluirse una autorización para que el comercializador pueda actuar como mandatario del consumidor, contratando con el distribuidor la tarifa de acceso y traspasar al distribuidor los datos necesarios para el suministro."*

En el artículo 8 del propio Real Decreto se establece que los distribuidores deberán contestar a estas solicitudes en un plazo de cinco días hábiles, comunicando a los solicitantes si procede atender a dichas solicitudes o si existen objeciones que impidan su realización.

La regulación del procedimiento se completa con la Orden ITC 1659/2009, en cuya disposición adicional primera se dice:

"Disposición adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador.

Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente".

En este caso, y tal y como quedó recogido en el *hecho acreditado 3.1* de la Resolución impugnada -y que la actora no discute-, el día 1 de julio de 2009 IBERDROLA CUR, S.A. (la comercializadora de último recurso del grupo IBERDROLA) asumió 470.791 clientes que no tenían derecho a la Tarifa de Último Recurso, pero que hasta esa fecha no habían contratado el suministro eléctrico con un comercializador en el mercado libre.

En este contexto se produjo el envío de las sucesivas remesas de cartas a que se refiere la Resolución impugnada en los términos más arriba transcritos.

5. El primero de los motivos alegados es el referido a la vulneración del principio de tipicidad en relación con la conducta sancionada. En concreto se alega que no existe infracción de la DA 1ª de la Orden ITC 1659/2009; que no existe un acto de competencia desleal, ya que dicha Orden no es una norma concurrencial en el sentido del art. 15.2 de la LDC ; y la inexistencia de falseamiento de la libre competencia y de afectación al interés público.

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 cumulativa tres elementos



1. Un acto de competencia desleal. En este caso la CNC 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 la recurrente que la resolución impugnada no ha logrado demostrar la concurrencia de ninguno de los presupuestos que necesariamente han de darse a efectos de aplicar el tipo previsto en el artículo 3 de la LDC, lo que analizamos en los siguientes fundamentos de derecho.

6. 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) haya 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, no se cuestiona en la demanda, que la actora no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores en ninguno de los cambios de suministrador llevados a cabo. Pues bien, la Sala entiende, al igual que en la sentencia dictada en el recurso nº 340/2012 de fecha 5-11-2013 seguido a instancias de otra competidora sancionada por idéntica conducta que la que aquí examinamos, y frente a lo que por la recurrente se alega, que no puede considerarse una interpretación razonable de la norma el entender que se podía recabar el consentimiento tácito en este caso teniendo en cuenta el contexto jurídico-económico en que se desarrolla la conducta. Como antes dijimos, la conducta 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 a las que también nos hemos referido. 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 fueren 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 que la comercializadora de último recurso debería haber requerido el consentimiento expreso de los consumidores traspasados 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 misma disposición adicional, como también hemos dicho, 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 y apreciándose una especial preocupación del regulador por proteger el derecho de los consumidores en los traspasos de contratos entre empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

7. En cuanto al requisito referido a la aptitud para falsear la competencia de forma significativa, la Sala comparte con la CNC que la actuación de IBERDROLA tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia al dejar las distribuidoras de comercializar definitivamente, permitiendo a los comercializadores la captación de un grupo de clientes, los suministrados por una comercializadora de último recurso sin tener derecho a la tarifa de último recurso, atractivos por su volumen y por sus niveles de consumo. Aun sin entrar a valorar el atractivo comercial de los consumidores a los que se dirigió la conducta sancionada respecto al de un consumidor medio en el mercado libre minorista de electricidad, es indiscutible que, en tanto que las cartas no se enviaron a todos los consumidores traspasados de la distribuidora a la comercializadora de último recurso, se procedió a hacer una selección entre ellos que, lógicamente, descartó los menos atractivos.

Por otra parte, si el porcentaje de receptores de la segunda remesa de cartas que finalmente fueron traspasados sin su conformidad expresa, un 79,1% (véase Hecho Acreditado 3.3 de la resolución impugnada más arriba transcrito) es superior a la cuota de fidelización, medida en porcentaje de puntos de suministro



de IBERDROLA en el mercado libre que son suministrados por la comercializadora del grupo, el 73,8% en el tercer trimestre de 2009, es evidente que la conducta supuso una reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores. A la misma conclusión se llega comparando el número de consumidores sin derecho a TUR que, un año más tarde, continuaban siendo suministrados transitoriamente por IBERCUR, un 5% de los asumidos en aplicación del artículo 3 del Real Decreto 485/2009, con los que permanecían en las comercializadoras de último recurso de las otras distribuidoras.

La cuota de fidelización es uno de los datos que utiliza la CNE para evaluar los avances en la liberalización del sector en sus "Informes de supervisión del mercado minorista de electricidad". En el correspondiente a octubre 2008-septiembre 2009, como ya se ha indicado, la cuota de fidelización a IBERDROLA en el tercer trimestre de 2009 es del 73,8%. Pues bien teniendo en cuenta que el envío de la segunda remesa de cartas, según hemos visto, tuvo lugar en agosto de 2009, en el cuarto trimestre de 2009 esa cuota se había elevado hasta el 79% alcanzando el 81% en el cuarto trimestre de 2010, de acuerdo con los datos contenidos en el informe de supervisión correspondiente al segundo semestre de 2010. Ante estos datos no se puede negar que este incremento de la fidelización, importante en términos absolutos teniendo en cuenta la cuota de IBERDROLA en este mercado, está reflejando un reforzamiento de la barrera de entrada que supone la fidelización de los consumidores respecto de los distribuidores y, por tanto, de la que tienen respecto de la comercializadora del Grupo.

Por último son muy reveladores los datos facilitados por OCSUM en sus informes sobre los procesos de cambio de suministrador que figuran en el expediente y cuya gráfica se recoge en la resolución impugnada (Hechos Acreditados 3.7) que evidencian que en el cuarto trimestre de 2009 se produjo un importante incremento en la actividad de mercado apreciándose que IBERDROLA lo hizo en mucha mayor medida que sus competidoras ya que mientras que el número de solicitudes de cambio de suministrador del resto de comercializadoras descendió un 6% respecto al trimestre anterior, IBERDROLA experimentó un incremento de 123% (informe de OCSUM del cuarto trimestre del 2009 que obra en el expediente).

8. Respecto al tercero de los elementos requeridos para el ilícito considerado, la CNC considera que la conducta afecta al interés público porque 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 IBERDROLA 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 y de un input básico para las empresas.

Señala la 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 en los mismos términos que en la resolución que puso fin al expediente S/0304/10 ENDESA y que ha sido confirmada por esta misma Sala en la precitada sentencia por entender, al igual que aquí que ha existido un falseamiento de la competencia relevante, esto es, de importancia cualitativa desde la perspectiva analizada.

9. Tampoco la Sala puede aceptar la pretendida ausencia del elemento subjetivo del ilícito (actuación de buena fe y de acuerdo con una interpretación razonable de la misma, con total transparencia ante el supervisor sectorial).

El supuesto enjuiciado es bien distinto al contemplado en la invocada STS de 20-4-2012 y ningún margen de duda razonable deja el tenor literal de la Disposición Adicional Primera de la Orden analizada respecto de la exigencia del consentimiento expreso del cliente para el cambio de suministrador, por lo que no es admisible la justificación de la conducta de IBERDROLA sobre la base de la ausencia de dolo o intencionalidad, ya que el artículo 130 de la Ley 30/1992 dispone que las infracciones administrativas son sancionables incluso a título de mera inobservancia (SSAN de 2 de julio y de 30 de abril de 2013).

10. Considera, por último, la recurrente, y de forma subsidiaria, 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.

En efecto, la CNC (Fundamento nº 4 de la resolución) parte del número total de consumidores de IBERDROLA que fueron destinatarios de las cartas que eran susceptibles de cambiarse de compañía (criterio ya empleado por el Consejo de la CNC en el expediente 5/0184/09 GAS NATURAL).



Para ello la cuota de fidelización del 73,08 % existente en el mercado libre con anterioridad al traslado de clientes (número de puntos de suministro de IBERDROLA en el mercado libre que eran suministrados por la comercializadora de IBERDROLA en el 3er trimestre de 2009) con lo que podemos estimar en **88.821** el número de clientes que han permanecido como clientes de IBERDROLA S.A. como consecuencia de la práctica identificada ($339.012 \cdot 339.012 \cdot 73,08\%$) o, en otras palabras, aquellos que, estando predispuestos al cambio (no afectados por tasa de fidelización), fueron destinatarios de los envíos que desincentivaron su impulso al cambio.

Para calcular el volumen de ventas imputable a este número de clientes se ha utilizado el consumo medio mes a mes durante el período de infracción (agosto 2009 a marzo 2010) de los puntos de suministro sin derecho a la Tarifa de Último Recurso pero suministrados por Comercializadoras de Último Recurso, publicados en los Boletines de indicadores eléctricos y económicos de la CNE. Respecto a la estimación de la potencia contratada se ha considerado que, teniendo en cuenta que en todos los casos es superior a 10KW, una media razonable sería 15KW en todos los meses de duración de la infracción.

Aplicando a estos datos las tarifas que se aplicaron a los consumidores que fueron subrogados a IBERDROLA SA, incluidas las bonificaciones (12% sobre el término de potencia hasta diciembre de 2009), el volumen de ventas que IBERDROLA habría obtenido por la infracción sería **213.700.000 euros**.

Finalmente se aplica sobre este volumen un porcentaje del 5%, lo cual significa una sanción de **10.685.000 euros**.

Conviene señalar que la multa así impuesta dista significativamente del límite máximo previsto en el artículo 63.1.b) de la LDC para las infracciones graves, esto es, "e l 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa".

La actora presenta un informe pericial, ratificado en periodo probatorio. Considera que no solo no existe prueba de ningún efecto restrictivo, sino que en este proceso se ha practicado una **prueba-pericial** que ha demostrado que la conducta de mis mandantes no tuvo ningún efecto. Y que si algún efecto pudiera considerarse sería exactamente el contrario al que pretende la CNC: se produjo una dinamización del mercado eléctrico al activar el comportamiento de consumidores poco proclives al cambio o a la búsqueda de ofertas. Esa prueba está contenida en el Informe pericial de Pricewaterhouse Coopers aportado como documento nº 2 de la demanda, el cual fue ratificado por uno de sus autores en la comparecencia que tuvo lugar el pasado 25 de abril de 2013.

En su ratificación oral, el Sr. Perito confirmó que, observando el comportamiento real de los clientes que recibieron las remesas de cartas, se concluye que unos consumidores que se habían mostrado reticentes al cambio y que a pesar de las penalizaciones regulatorias no habían contratado en el mercado libre, se vieron incentivados a buscar activamente otros comercializadores mostrando a partir de entonces un comportamiento más dinámico en cuanto a la contratación en el mercado libre. Esto es, la conducta de IBERDROLA no aumentó un eventual efecto de fidelización de estos clientes, sino que contribuyó a activar un sector del mercado que se había mostrado más pasivo. Así lo explicó el Sr. Perito por referencia a la metodología empleada para determinar los posibles efectos de la conducta:

"La CNC está asumiendo que el comportamiento de los clientes subrogados, que recibieron las cartas, es el mismo que el de los clientes que estaban en el mercado libre antes de las prácticas investigadas. Y aquí lo que nosotros observamos es que estos clientes a los que se dirigieron las cartas se caracterizan por una mayor reticencia al cambio que los clientes que estaban en el mercado libre, como prueba el hecho de que hasta el 1 de julio de 2009 no habían pasado al mercado libre pese a que ello les habría reportado ciertas ventajas. Y en septiembre de 2009 la práctica totalidad de los clientes sin derecho a TUR que pasaron a ser suministrados por la CUR de Iberdrola y la totalidad de los que recibieron las cartas no habían cambiado de suministrador pese a que se les estaba aplicando una tarifa disuasoria. Es decir, ellos no habían optado por pasar al mercado libre y cambiar de suministrador pese a que estaban pagando mucho más que en el mercado libre, con lo cual entendemos que [...] la tasa de cambio de los clientes que recibieron las cartas probablemente habría sido inferior por el hecho de ser más reticentes al cambio."

"En la sección 4 de nuestro informe utilizamos una metodología que está inspirada en el borrador de la comisión europea sobre cálculo de daños por infracción de la norma de defensa de la competencia, que básicamente consiste en comparar la tasa de cambio o de abandono de los clientes subrogados una vez que fueron subrogados a Iberdrola con la tasa de cambio de clientes de Iberdrola en el mercado libre. Y básicamente lo que observamos en ese cálculo es que, en general, las tasas de cambio de los clientes subrogados no son menores que las del resto de clientes en el mercado libre, que es lo que cabría esperar si hubiera habido este efecto fidelizador, sino que en términos generales ocurre lo contrario; lo cual nos lleva a concluir que, de hecho, la práctica de enviar las cartas a los clientes, ya sea porque les dio información - estamos hablando de clientes que tenían una especial reticencia al cambio -, o por cualquier otro motivo - por las ventajas que se le ofrecían

-, lo que hicieron fue incentivar que estos clientes tuvieran tasas de cambio mayor(es) que las de los clientes que había en el mercado libre' ".

"La CNC cuando hace el cálculo de la multa habla de ventas afectadas. Para ver las ventas afectadas tenemos que entrar a valorar cuáles son los efectos de la práctica porque si no, difícilmente podemos hablar de las ventas afectadas. Lo que nosotros decimos es que, a pesar de que aquí comparamos tasas de cambio y demás, que realmente nosotros no hemos encontrado, en la evidencia que hemos analizado, ninguna evidencia que nos haga ver que realmente la práctica ha tenido efectos [...] Volvemos a la tabla 4.1 de nuestro Informe [...] La tasa de cambio de los clientes una vez subrogados es mayor que la tasa de cambio del resto de clientes de Iberdrola en el mercado libre, lo que nos lleva a concluir que realmente no hay evidencia de ese efecto fidelizador' ".

La conclusión del informe pericial es, por tanto, que la conducta no tuvo efectos y que, si alguno tuvo, éste sería beneficioso: dinamizar el comportamiento de unos consumidores reticentes al cambio que, tras recibir las cartas, abandonaron IBERDROLA a un ritmo incluso mayor que el de los que habían contratado con IBERDROLA en el mercado libre.

Al respecto nos remitimos a lo ya dicho en nuestra sentencia del pasado 30 de octubre (FJ Quinto) respecto de similares conclusiones de los peritos de la parte en un infructuoso intento de negar los efectos de la conducta sobre la competencia.

Allí dijimos:

"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."

No considera aquí tampoco esta Sala que la multa vulnere el principio de proporcionalidad y ello por las siguientes razones que ya diéramos en nuestra SAN de 31 de octubre de 2013, Rec nº 340/2012, para ratificar el mismo método de cálculo utilizado (determinación del volumen de ventas afectado).

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) y 340/2012 (expediente S/0304/10 Endesa) 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 aminora del volumen de clientes que fueron objeto de remisión de cartas, aquellos clientes que supuestamente hubieran elegido quedarse de todas formas tomando el dato de la tasa de fidelización (73,08 %) existente en el mercado libre con anterioridad al traslado de clientes. Este es un cálculo muy favorable puesto que, tal como afirma la propia empresa la tasa de fidelización ha sido muy inferior. La CNC no asume como afirma la 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 73,08%. Por ello teniendo en cuenta que se enviaron 339.012 cartas en aquella segunda remesa y teniendo en cuenta la cuota de fidelización, se estima en 88.821 el número de clientes que permanecieron como clientes de IBERDROLA S.A. como consecuencia de la práctica controvertida.

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 a la que ya antes nos hemos referido al analizar la tipicidad de la conducta, en relación con el especial momento competencial en que se encontraba el mercado y la necesidad de formentar la transparencia en el tránsito de los clientes del mercado regulado (tarifa disuasoria) al mercado libre. 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 mínimo sino de los consumidores sin derecho a TUR penalizados que podían salir al mercado libre, a los que los competidores hubieran debido poder optar. 3) 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.

11. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución administrativa impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **IBERDROLA, S.A., IBERDROLA CUR S.A.U E IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.**, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 24 de febrero de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas 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 Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.