

Roj: **STS 349/2017 - ECLI: ES:TS:2017:349**Id Cendoj: **28079130032017100048**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **03/02/2017**Nº de Recurso: **779/2014**Nº de Resolución: **162/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 3 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 779/2014, interpuesto por IBERDROLA S.A., IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO S.A.U. e IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U., representadas por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, con la asistencia letrada de don Mariano Magide Herrero, contra la sentencia de 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 197/2012, sobre infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado, y Endesa Energía XXI S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Carlos Piñeira de Campos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 21 de noviembre de 2013, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

« *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.* »

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de IBERDROLA S.A., IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO S.A.U. e IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U., ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2014, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 10 de abril de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que estime el presente recurso de casación, conforme a los motivos esgrimidos en el escrito de interposición y, en consecuencia, estime también íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha parte, conforme a las pretensiones planteadas en la instancia, que eran las siguientes:

" 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 y de esta demanda.* "

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado, por escrito de 16 de julio de 2014, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia que lo desestime, con confirmación de la sentencia recurrida.

Por diligencia de ordenación de 25 de julio de 2014 se declaró caducado el trámite de oposición respecto de ENDESA ENERGÍA XXI S.L.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2017, continuando la deliberación los días 24 y 31 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de noviembre de 2013, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Iberdrola S.A. y otros, también aquí partes recurrentes, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 24 de febrero de 2012 (Expediente S/0213/10 Iberdrola Sur).

La resolución administrativa que acabamos de indicar, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 24 de febrero de 2013, efectuó en su parte dispositiva los siguientes pronunciamientos:

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.

SEGUNDO.- El recurso de casación de Iberdrola y otros se articula en seis motivos, formulados el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, y los cinco restantes por el cauce del apartado d) del mismo texto legal.

El primer motivo del recurso denuncia que la sentencia recurrida incurre en un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al infringir las normas reguladoras de la sentencia, por no motivar, en relación con el objeto de la prueba practicada, la valoración del dictamen pericial aportado a los autos, infringiéndose con ello los artículos 24.1 CE y 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El segundo motivo alega la vulneración por la sentencia impugnada de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, en relación con los artículos 3 y 62.3.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto a la tipicidad de la conducta por presunto incumplimiento de dicha disposición adicional.

El tercer motivo alega la vulneración del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en relación con la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, y los artículos 3 y 62.3.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto a la calificación de la citada disposición adicional primera como norma concurrencial susceptible de integrar un ilícito de competencia desleal.

El cuarto motivo aduce la infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 62.3.c) de la misma ley, y de la jurisprudencia establecida por las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que cita, en lo que se refiere a la apreciación del requisito de que la conducta desleal falsee la competencia y afecte al interés público.

El quinto motivo invoca la vulneración del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, en lo que se refiere a la apreciación del requisito de culpabilidad,

El sexto motivo denuncia la infracción del artículo 131.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los artículos 63.1.b)



y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la sanción.

TERCERO.- Como hemos indicado, el primer motivo del recurso de casación denuncia que la sentencia impugnada incurrió en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por falta de motivación, que la parte recurrente aprecia en relación con el informe pericial elaborado por PricewaterhouseCoopers (PwC), aportado con la demanda y ratificado en presencia judicial, que tenía por objeto dos puntos fundamentales, la justificación de que la conducta de los recurrentes, lejos de restringir la competencia, había tenido el efecto de dinamizar el mercado, y los errores en los que incurrió la resolución impugnada al calcular la sanción impuesta, sin que ninguno de dichos puntos fuera valorado por la sentencia recurrida.

El Abogado del Estado opone sobre este motivo que lo que en realidad plantea la parte recurrente es una cuestión de valoración de la prueba, en cuanto que se reconoce que la sentencia recurrida reproduce determinados pasajes y conclusiones del dictamen pericial, por más que se discrepe de la valoración.

En relación con la falta de motivación, hemos señalado en numerosos pronunciamientos -entre los últimos, las sentencias de 11 de diciembre de 2015 (recurso 256/2014), 20 de julio de 2016 (recurso 4174/2014) y 16 de diciembre de 2016 (recurso 1610/2014)-, que el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho, si bien cabe una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sin olvidar que para entender que una resolución judicial está motivada es preciso que el fundamento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente. Ahora bien, también hemos precisado, entre otras muchas en sentencias de 7 de octubre de 2008 (recurso 5007/2004) y 28 de septiembre de 2016 (recurso 2599/2015), que el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva y pormenorizada, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que pueda tener la cuestión que se decide y que el deber de motivación no debe llevarse hasta el punto de imponer la necesidad de dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones, de hecho y de derecho que se susciten, siendo suficiente que la resolución ofrezca los datos indispensables para permitir conocer la "ratio decidendi".

La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales en el presente caso lleva a la conclusión de que la sentencia impugnada no ha incurrido en la infracción de falta de motivación que se denuncia.

Las alegaciones de la parte recurrente relativas al primer apartado o punto del motivo, sobre la falta de motivación del requisito del tipo infractor de que la conducta enjuiciada hubiera falseado la competencia afectando al interés público, fueron examinadas por la sentencia impugnada en sus Fundamentos de Derecho 7º y 8º, que en base a los hechos declarados probados por la resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que la Sala de instancia hace suyos y reproduce, llegan a la conclusión de que concurren todos los elementos de la infracción descrita en el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es decir, además del acto de competencia desleal, el falseamiento de la libre competencia y la afectación del interés público.

Los razonamientos de la sentencia impugnada sobre las cuestiones que ahora nos interesan son los siguientes:

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.

Vemos, por tanto, que la sentencia impugnada, a partir de los datos declarados probados, apreció que la conducta enjuiciada afectó de forma significativa a la competencia, pues el porcentaje de los clientes receptores de cartas que fueron traspasados sin su conformidad es superior a la cuota de fidelización, de lo que resulta para la Sala de instancia que la conducta infractora redujo el tamaño de mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, y significó un incremento de la fidelización, que refleja un reforzamiento de la barrera de entrada que dicha fidelización supone para otros distribuidores.

La afectación del interés público por la conducta infractora también está razonada en la sentencia impugnada, por la condición de servicio esencial del suministro eléctrico, de gran relevancia para el consumidor, al tratarse de un servicio de primera necesidad y un input básico para las empresas, y por la circunstancia de atentar directamente contra el proceso emprendido de liberalización en el suministro de ese servicio de primera necesidad y esencial, al obstaculizar gravemente la estructura competitiva del mercado en ese momento relevante de apertura a la competencia.

También las alegaciones a que se refiere el segundo apartado o punto del primer motivo del recurso, relativas a los errores metodológicos en el cálculo de la sanción, fueron examinadas y resueltas por la sentencia recurrida.

La sentencia impugnada dedicó el Fundamento de Derecho 10 al análisis de las cuestiones planteadas en la demanda -con carácter subsidiario- sobre la falta de proporcionalidad de la sanción, entre las que se incluían las consideraciones apoyadas en el dictamen pericial acompañado a la demanda a que antes se ha hecho referencia, sobre los errores en que había incurrido la CNC al determinar el volumen de ventas afectado por la infracción y, por tanto, al fijar el importe de la sanción.

En el indicado Fundamento de Derecho, la sentencia recurrida incluyó una expresa referencia al informe pericial acompañado a su demanda por la parte recurrente, del que reprodujo algún pasaje, con rechazo de las conclusiones del dictamen de forma razonada.

El rechazo se basó, en cuanto a las conclusiones del dictamen sobre el efecto beneficioso de la conducta enjuiciada por estimar que dinamizó el comportamiento de los consumidores reticentes al cambio, en la reproducción de lo razonado en la sentencia de la propia Sala de 30 de octubre de 2013 (recurso 340/2012), en relación con similares conclusiones de los peritos en aquel pleito, habida cuenta de que el método de cálculo de la sanción por la CNC había sido el mismo en las respectivas resoluciones recurridas en dichos recursos.

En relación con el volumen de ventas afectado por la conducta objeto de la infracción, a que también se refería el dictamen pericial, la sentencia impugnada rechazó de forma implícita la tesis del informe pericial sobre el comportamiento real de los clientes y el volumen de ventas afectado, efectuando las siguientes explicaciones sobre la fórmula que estimó correcta, al efecto de calcular el número de clientes que permanecieron como clientes de Iberdrola S.A. como consecuencia de la práctica controvertida:

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.

De acuerdo con lo anterior, la Sala no aprecia que la sentencia impugnada haya incurrido en la falta de motivación que se denuncia en el primer motivo del recurso de casación, por lo que procede su desestimación,

CUARTO.- El segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción por la sentencia impugnada de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, en relación con los artículos 3 y 62.3.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en cuanto a la tipicidad de la conducta por presunto incumplimiento de dicha disposición adicional.

Las alegaciones de la parte recurrente en este segundo motivo, sobre la infracción del principio de tipicidad, no cuestionan la existencia del cambio de entidad suministradora a que más adelante haremos referencia, sino que su disconformidad con la sentencia impugnada se focaliza en la interpretación sobre la forma del consentimiento exigido para el cambio de suministrador, pues la sentencia impugnada llegó a la conclusión, de la que discrepa la parte recurrente, de que la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 exige, como condición inexcusable para el cambio de comercializador, el "consentimiento expreso" de los clientes, sin que resulte suficiente contar con un "consentimiento inequívoco", que fue el mecanismo en que se basó la parte recurrente en el presente caso. Estima dicha parte que el consentimiento inequívoco requerido por la norma es una expresión más amplia que la del consentimiento expreso, que incluye también el consentimiento tácito que sea inequívoco, mostrando su disconformidad con la sentencia impugnada, que interpreta la norma conforme al contexto jurídico-económico en que se desarrolla la conducta, porque considera que al tratarse de una norma que integra un tipo administrativo sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva, sin que sea conforme a derecho eludir -como hace la sentencia impugnada- los criterios de interpretación propios de nuestro ordenamiento jurídico, recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, para acudir a considerar un determinado contexto jurídico-económico construido por la sentencia, sin ningún sustento de ningún tipo en el texto normativo.

El Abogado del Estado contesta sobre este motivo que, como reconoce la sentencia impugnada, no se cuestionó en la demanda que la parte actora no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores en ninguno de los cambios de suministrador llevados a cabo, y muestra su conformidad con la sentencia recurrida cuando afirma que no puede considerarse razonable la interpretación de la parte recurrente sobre la admisibilidad del consentimiento tácito en este caso.

Antes de examinar las concretas cuestiones que plantea la parte recurrente, hemos de hacer referencia a la sentencia dictada por esta Sala el 25 de octubre de 2016 (recurso 198/2014), que estimó el recurso de casación interpuesto por otra empresa comercializadora de energía eléctrica (Endesa Energía XXI SLU),

contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2013 (recurso 340/2012), que a su vez había desestimado el recurso contencioso administrativo de la indicada empresa comercializadora contra la resolución del Consejo de la CNC de 11 de junio de 2012 (expediente sancionador S/304/10).

En el indicado recurso de casación la parte recurrente planteó también un motivo (número 3) por infracción de la misma norma a que se refiere el motivo de que ahora tratamos, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, por falta de tipicidad del incumplimiento imputado.

Sin embargo, como seguidamente veremos, aquí terminan las similitudes entre el motivo de recurso invocado en el precedente recurso, que resultó acogido por esta Sala, y el motivo del recurso que ahora examinamos.

En nuestra sentencia precedente indicamos que la citada disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 se ciñe, como resulta evidente en su rúbrica, a los supuestos de *"cambio de suministrador"*, y en el caso enjuiciado era un hecho acreditado en la resolución de la CNC (Hecho Probado 1º), que no había sido discutido en la instancia, que el grupo Endesa realiza la actividad de comercialización de electricidad principalmente a través de las sociedades Endesa Energía S.A. y Endesa Energía XXI S.L.U., y que esta última, que fue la entidad sancionada, realizaba también las funciones de comercialización de último recurso, añadiendo que *"se trata de la única empresa comercializadora de último recurso que ha asumido, a través de la misma personalidad jurídica, actividad comercializadora en el llamado mercado libre"*.

La apreciación en nuestra sentencia precedente de que la conducta enjuiciada no suponía un incumplimiento de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, se basó en que no se produjo un cambio de suministrador, como reconoce la propia resolución de la CNC (FD 1º), que hace suya la conclusión de la DI respecto de que se había producido *"una modificación en el tipo de suministro, aunque no se haya producido un cambio en la persona jurídica del suministrador"*.

En efecto, en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2016 decíamos que en el caso examinado no se había producido un cambio de suministrador, que es el supuesto de aplicación de las reglas sobre consentimiento establecidas por la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, y que dicha ausencia de cambio o sustitución en la personalidad jurídica del suministrador se debe a que, citando nuevamente la resolución de la CNC, *"ENDESA como comercializadora de último recurso ha asumido asimismo labores de suministro de electricidad en el mercado libre"*.

Nada de lo anterior ocurre en el presente caso, en el que la resolución sancionadora de la CNC, sin objeción alguna de la parte recurrente, parte del hecho de que la actividad de comercialización de electricidad en el mercado libre del grupo Iberdrola ha sido llevada a cabo por Iberdrola, cabecera del grupo, hasta enero de 2010, cuando ha pasado a ser asumida por Iberdrola Generación, e IBERCUR (Iberdrola Comercialización de Último Recurso S.A.U.) se encarga del suministro de último recurso.

En relación con las anteriores sociedades, la sentencia impugnada declaró como hechos acreditados (FD 2º), siguiendo la narración de hechos probados de la resolución de la CNC (Hecho 3.3), después de referirse a unas remesas de cartas enviadas a los consumidores que, *"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..., 339.012 ...fueron objeto de la estrategia analizada, es decir, fueron destinatarios de la segunda remesa de cartas..., de los que 268.001...fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso"*.

Por tanto, no nos encontramos ante un caso como el examinado en el recurso precedente, en el que se había producido un cambio en el tipo de suministro -de último recurso a mercado libre- dentro del mismo suministrador, sino que ahora la conducta infractora consiste en el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso a la comercializadora en el mercado libre.

QUINTO.- La disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, cuya interpretación se discute en este motivo, dispone lo siguiente:

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.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

Se recoge en la sentencia impugnada, con la condición de hecho probado, que la parte actora no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores en ninguno de los cambios de suministrador llevados a cabo, y tal hecho es aceptado en este motivo de recurso de casación, que indica que el mecanismo en el que se basó Iberdrola en el presente caso no fue el del consentimiento expreso, sino el del "*consentimiento inequívoco*".

La sentencia recurrida rechaza que pueda considerarse razonable la interpretación de la norma llevada a cabo por la parte recurrente, que por el contrario entiende que el precepto permite recabar el consentimiento tácito, e impugna la conclusión judicial por estimar que, para llegar a ella, la sentencia impugnada ha tenido que apoyarse en el contexto jurídico-económico en que se desarrolló la conducta.

La Sala no comparte dichas alegaciones, pues esa mención al contexto jurídico y económico forma parte de un razonamiento que la sentencia impugnada reproduce de la sentencia de la misma Sala recaída en el recurso 340/2012, al que antes hemos hecho referencia, que esta última desarrolla a fin de justificar la aplicación de la disposición transitoria primera de la Orden ITC /1659/2009 a los casos allí enjuiciados, caracterizados por la modificación en el tipo de suministro sin cambio en la persona jurídica del suministrador, como lo demuestran las referencias a la falta de sentido de que sean diferentes las obligaciones para las empresas por el hecho de que en el proceso de cambio de los clientes intervengan personas jurídicas diferentes o una misma persona jurídica, y a que las cautelas del legislador tienen todavía más sentido cuando el traspaso de clientes se produce en el seno de la misma empresa.

Por tanto, la consideración del contexto jurídico-económico en el que se desarrolla la conducta, no tiene por finalidad soportar una interpretación que excluya del precepto los casos de consentimiento inequívoco, como sostiene la parte recurrente, sino que pretende justificar la aplicación de la exigencia de una determinada forma de consentimiento a supuestos distintos de los cambios de suministrador a que se refiere la norma, por lo que se trata de una consideración que no es determinante, ni relevante, en el presente caso, en el que efectivamente se produjo un cambio de suministrador, por lo que, para rechazar las alegaciones de la parte recurrente sobre la inexistencia de incumplimiento es suficiente la afirmación de la Sala de instancia sobre la falta de razonabilidad de la interpretación de la norma que efectúa la parte recurrente, al estimar que la misma no autoriza a recabar de los consumidores el consentimiento tácito al cambio de suministrador.

En cualquier caso, el motivo no puede prosperar, pues aún en la hipótesis de que la Sala compartiera la interpretación que efectúa la parte recurrente de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1609/2009, en el sentido de que es admisible en los cambios de suministrador el consentimiento expreso así como el consentimiento inequívoco tácito del consumidor, derivado de hechos concluyentes, lo cierto es que ninguno de dichos consentimientos está acreditado en el presente caso, pues ya se ha dicho que la Sala de instancia ha declarado probado de forma expresa que la actora no solicitó el consentimiento expreso de los consumidores en ninguno de los cambios de suministrador, y respecto del consentimiento inequívoco, también es un hecho declarado probado por la sentencia impugnada y por la resolución sancionadora del Consejo de la CNC (Hecho 3.2.5) el siguiente:

«Devoluciones: El método utilizado por Iberdrola para el envío de las cartas fue "un sistema de comunicaciones certificadas en origen con gestión de devueltos". Este sistema no permite tener constancia de que las cartas han sido efectivamente recibidas por el destinatario».

Si es un hecho declarado probado en la sentencia recurrida que el sistema de envío de cartas no permite tener constancia de que las cartas fueron efectivamente recibidas por el destinatario, es claro que no cabe aceptar que exista el consentimiento "*inequívoco*" a que se refiere la parte recurrente, y menos todavía que conste en "*soporte electrónico*" la voluntad inequívoca del cliente de cambiar de suministrador, como requiere la norma a la que nos referimos.

Por las razones anteriores, no apreciamos las infracciones que se denuncian en este segundo motivo de casación, con desestimación del mismo.

SEXTO.- El motivo tercero del recurso cuestiona que la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 sea una norma concurrencial susceptible de integrar un ilícito de competencia desleal, con la consecuencia de que entonces el incumplimiento de la indicada disposición, por no respetar las exigencias de forma del consentimiento exigidas por la misma, no constituiría un acto de competencia desleal del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Iniciamos el examen de este motivo con la cita de la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 2010 (recurso 3337/2007), que señala que la expresión de "*actos de competencia desleal*" utilizada por el artículo 7 de la derogada LDC de 1989, y reiterada hoy en el artículo 3 de la vigente LDC, "*no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en*

las leyes correspondientes", hoy plasmadas en los artículos 5 a 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

El artículo 15 de la LCD distingue, en lo que interesa a este recurso, los dos supuestos siguientes de actos desleales:

1. Se considera desleal prevalecer en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Si comparamos los dos supuestos, se aprecia con claridad que el descrito en el apartado primero contempla una infracción de leyes que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, exigiendo que de la infracción de esas normas no concurrenciales se derive una ventaja competitiva significativa de la que el infractor se prevalega en el mercado, mientras que el supuesto del apartado segundo requiere una simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de una actividad concurrencial, lo que nos enfrenta con la cuestión de determinar qué debe entenderse por normas jurídicas concurrenciales, a los efectos de encuadrar en uno u otro supuesto la conducta de que se trate.

La Sala 1ª de este Tribunal Supremo ha destacado, en sentencias de 13 marzo de 2000 (recurso 1812/1995) y 16 de junio de 2000 (recurso 2478/1995), que para la aplicación del artículo 15.2 LCD lo determinante es *«que tenga por "objeto" la regulación de la actividad comercial»*, debiendo dicho "objeto" entenderse *« como objeto directo y no indirecto o reflejo , pues de lo contrario no podría sostenerse la naturaleza privada del acto desleal, que ha de considerarse como un "prius" de la ley para establecer el conocimiento de estos asuntos por la jurisdicción civil»*, lo que impidió apreciar en el caso examinado el incumplimiento del artículo 15.2 LCD, pues la normativa invocada como infringida no tenía por objeto esta regulación mercantil, sino que se trataba del simple ejercicio de una potestad de sujeción especial entre un Colegio Profesional y sus colegiados.

Después de este planteamiento general, encontramos un precedente que presenta similitud con el caso ahora examinado en la sentencia de la misma Sala 1ª de este Tribunal, de fecha 2 de octubre de 2009 (recurso 1310/2005), que reconoció carácter concurrencial a una norma reglamentaria sobre la preasignación de operador de telecomunicaciones. Se trata del artículo 19.2 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, que para el cambio de operador por preselección exige *"previa solicitud escrita del abonado"*.

Indica la citada sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que la normativa general del artículo 19 expresado *"tiene carácter concurrencial porque establece que para llevar a cabo el cambio de operador mediante el mecanismo o procedimiento de la preselección o preasignación se exige una solicitud escrita del cliente. Se trata de una regla con la finalidad de controlar la existencia de la voluntad de cambio del usuario y, por consiguiente, una forma de concurrir en el mercado de la preasignación o preselección...Nos hallamos ante una normativa concurrencial por su incidencia en el mercado de las telecomunicaciones y en la relación de los operadores con los usuarios de tales servicios."*

Aplicando el anterior criterio jurisprudencial al presente caso, debemos mantener igualmente el carácter concurrencial de la regulación de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, que exige el consentimiento expreso o la voluntad inequívoca del cliente para el cambio de suministrador de energía eléctrica, pues se trata de una norma que, como en el caso precedente, tiene la finalidad de controlar la existencia de la voluntad de cambio del usuario, y, por consiguiente, una forma de concurrir en el mercado y tiene incidencia en el mercado del suministro de energía eléctrica y en la relación de los suministradores con los consumidores.

Por las razones anteriores estimamos que la norma jurídica violentada, la disposición adicional primera de la Orden ITC 1659/2009, tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial, con desestimación del motivo tercero del recurso de casación.

SÉPTIMO.- También en relación con el requisito de tipicidad de la conducta imputada, el motivo cuarto del recurso de casación invoca la infracción por la sentencia impugnada del artículo 3 de la LDC, así como de las sentencias de esta Sala que cita, en lo que se refiere a la apreciación del requisito de que la conducta desleal falsee la competencia y afecte al interés público, porque parte de la premisa radicalmente incorrecta de que es suficiente para cumplir dicho requisito del tipo infractor la "aptitud" del acto desleal para falsear la competencia y afectar al interés público, cuando de acuerdo con la jurisprudencia invocada, para que un acto de competencia desleal sea sancionado con arreglo a la LDC, no es suficiente con esa potencialidad restrictiva en la que la sentencia impugnada detiene su análisis, confundiendo los requisitos que exige la aplicación del



artículo 3 LDC con los que han de existir en los supuestos de abuso de posición de dominio del artículo 2 LDC , para cuya sanción si es suficiente la aptitud de la conducta para restringir la competencia.

Las sentencias que cita la parte recurrente, de fechas de 20 de junio de 2006 (recurso 9174/2003) y 20 de abril de 2010 , esta última ya referenciada, expresan el criterio jurisprudencial de esta Sala en relación con la sanción administrativa de los actos de competencia desleal, que limita la imputación administrativa a título del artículo 7 de la Ley 16/1989 (hoy artículo 3 de la Ley 15/2007) , *"a aquellas modalidades de ilícitos desleales que se vieran cualificadas por la presencia conjunta de dos elementos normativos adicionales, esto es, la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público"* .

Esta delimitación entre ilícitos mercantiles y administrativos se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 52/1999, de reforma de la Ley 16/1989, que por razón de la publicación con posterioridad a la LDC de 1989 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, estimó conveniente aclarar que *"la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo"* .

Cabe precisar, no obstante, que la descripción de la conducta infractora en la LDC ha experimentado sucesivas modificaciones, pues el artículo 7 de la Ley 16/1989 , en su primera versión, sancionaba los actos de competencia desleal que *"por falsear de manera sensible la competencia"* , en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público, posteriormente, en la redacción dada por la reforma llevada a cabo por la Ley 52/1999, que acabamos de citar, el tipo infractor exigía que el acto de competencia desleal *"distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado"* , igualmente con afectación al interés público, y el artículo 3 de la Ley 15/2007 , que es la norma aplicable en el presente caso, tipifica como conducta prohibida los actos de competencia desleal *"que por falsear la libre competencia afecten al interés público"*.

En el presente caso, no es necesario entrar en el debate que propone la parte recurrente sobre si la conducta infractora del artículo 3 LDC incluye además de los actos desleales que falseen la competencia, aquellos otros con aptitud para ello, pues lo cierto es que de los razonamiento de la sentencia recurrida, recogidos en los FD 7º y 8º, dedicados a examinar la concurrencia de los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación del interés público, resulta con toda claridad que la Sala de instancia apreció que la conducta enjuiciada de las sociedades recurrentes no solamente reunía la aptitud, sino que falseó de forma real y efectiva la libre competencia con afectación del interés público.

La sentencia impugnada dedicó un apartado (FD 4) a la descripción del contexto normativo en el que se desarrollaron las actuaciones objeto de la sanción controvertida, caracterizado por el cambio de un modelo de suministro a tarifa por los distribuidores a un modelo de suministro en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, correspondiendo a los consumidores la elección de su suministrador, con establecimiento de tarifas de último recurso establecidos por la Administración para aquellos consumidores que reúnan determinados requisitos.

En dicho proceso de cambio de modelo, el RD 485/2009 estableció las reglas para la puesta en marcha del suministro de último recurso, a partir del 1 de julio de 2009, estableciendo que el comercializador de último recurso tendrá la obligación de atender las solicitudes de suministro de los consumidores que tengan derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, y que el comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial propietario de la red en una zona de distribución, deberá atender el suministro de aquellos consumidores que, sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, transitoriamente carezcan de un contrato en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad.

De acuerdo con los hechos declarados probados por la sentencia impugnada, este grupo de consumidores sin derecho a tarifa de último recurso, suministrados por un comercializador de último recurso por carecer transitoriamente de contrato en vigor con un comercializador, ascendía en julio de 2009 a un total de 1.220.150, y de ese número Ibercur asumió el suministro de 470.791 a partir del 1 de julio de 2009, por disposición del artículo 3 del RD 485/2009 , antes citado.

A partir de la primera semana de julio de 2009 Ibercur e Iberdrola remitieron las remesas de cartas que se detallan en los hechos probados de la sentencia recurrida a aproximadamente un 72% de los clientes en esa condición transitoria y, como consecuencia de la operativa que se describía en dichas cartas, 268.001 clientes *"fueron automáticamente traspasados de Ibercur a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso"*, y en realidad sin tener constancia del consentimiento tácito, pues como antes se ha señalado, también es un hecho probado en la sentencia recurrida que el sistema seguido para el envío de las cartas a los clientes no permitía tener constancia de que las cartas fueron efectivamente recibidas por el destinatario.



Después de la narración de los hechos probados, que expresan con detalle el proceso de traspaso de clientes desde la comercializadora de último recurso a la comercializadora de mercado libre, sin recabar su consentimiento, la sentencia recurrida justificó en la forma siguiente las consecuencias de falseamiento de la competencia:

«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 mas 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).»

Pone de manifiesto por tanto la sentencia recurrida que las sociedades recurrentes, con el traspaso de contratos de 268.001 clientes en las condiciones expresadas dentro de su propio grupo empresarial, evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada, por lo que compartimos la conclusión a que llega la sentencia impugnada de que dicha conducta alteró o falseó sensiblemente la competencia en el mercado de suministro de electricidad afectado por la conducta descrita.

También aprecia la sentencia impugnada la afectación al interés público que caracteriza el falseamiento de la libre competencia en la descripción de la infracción del artículo 3 LDC, que concurre al actuar el acto desleal sobre el mercado de suministro eléctrico, "de gran relevancia para el consumidor, por tratarse de un servicio de primera necesidad y de un input básico para las empresas", en el momento del tránsito del sistema tarifario al de precios de mercado, auspiciado por la reforma iniciada por la Ley 17/2007, estimando por ello que la conducta de las sociedades recurrentes atentó directamente contra ese proceso de liberalización, afectando gravemente a la estructura competitiva del mercado.

Por tanto, no puede negarse que la conducta descrita de las sociedades recurrentes afectó el interés público, concretado en este caso en el objetivo perseguido por el proceso legislativo de liberalización del sector eléctrico, de mejora de las condiciones de competencia y funcionamiento eficaz de dicho mercado, que resultó obstaculizado en la forma que se ha indicado en la sentencia recurrida.

Es cierto que, como alega la parte recurrente, la conducta enjuiciada no cerró el acceso de otras comercializadoras a los clientes cuyos contratos fueron traspasados, a quienes pudieron hacer ofertas de suministro de energía, pero también es verdad que la conducta de las empresas recurrentes alteró las condiciones de competencia, incrementando la posición de desventaja de los competidores en relación con la comercializadora del grupo, pues las sociedades recurrentes iniciaron su estrategia de envío de cartas en julio de 2009, de forma inmediata al traspaso de los clientes a Ibercur, aprovechando sus facilidades de información respecto de los clientes, y una vez producido el cambio de los clientes a la comercializadora del grupo, si otra comercializadora pretendiera que los consumidores efectuaran un segundo cambio, contaría con un margen comercial inferior para efectuar su oferta al que tuvo la parte recurrente en el momento de llevar a cabo el traspaso de los clientes de Ibercur a la comercializadora del grupo.

Tampoco cabe estimar el argumento de que Iberdrola actuó en beneficio de sus clientes, pues si así fuera habría dirigido sus cartas para el traspaso a los 470.791 clientes que, en julio de 2009, no tenían derecho a la tarifa de último recurso y estaban siendo suministrados transitoriamente por Ibercur, mientras que las cartas se dirigieron únicamente a 339.012 de los clientes en dicha situación, por lo que es razonable la consideración de la sentencia impugnada de que Iberdrola efectuó una selección de clientes, dirigiendo su conducta infractora a la selección de los que consideró de mayor atractivo comercial.

Se desestima el motivo cuarto del recurso de casación, de acuerdo con lo razonado.

OCTAVO.- El quinto motivo del recurso de casación considera que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, al apreciar la concurrencia del requisito de culpabilidad, por dos tipos de argumentos: (i) el primero, porque la sentencia no se apoya en el tenor literal de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 para extraer el sentido del término "consentimiento inequívoco", sino en el contexto jurídico y económico, por lo que ha de reconocerse que la norma admite un margen de interpretación, y que las sociedades recurrentes siguieron una de las interpretaciones posibles, y (2) el segundo, porque las sociedades recurrentes comunicaron a la Comisión Nacional de la Energía (CNE) el traspaso de los clientes, sin que el ente regulador diera una respuesta negativa hasta un momento posterior al traspaso, lo que debe interpretarse como una aquiescencia a la comunicación formulada que generó una legítima confianza en que el comportamiento seguido era conforme a derecho.

La sentencia impugnada rechazó la ausencia del elemento subjetivo del ilícito, que la parte recurrente sostiene en base a los dos argumentos que se han expuesto.

En relación con la interpretación de la disposición adicional primera de la Orden ITC 1659/2009, la sentencia recurrida señaló de forma contundente que *"ningún margen de duda razonable deja el tenor literal"* de dicho precepto, respecto del consentimiento expreso del cliente para el cambio de suministrador.

Cabe añadir, en relación con la argumentación que desarrolla este motivo del recurso de casación, que la alusión de la sentencia impugnada al contexto jurídico-económico, no se efectuó con el propósito de aclarar si el precepto acoge o no un consentimiento tácito, sino que se trata de consideraciones tomadas de una sentencia precedente, en la que fueron efectuadas al efecto de razonar la extensión del precepto a supuestos distintos a los de cambio de suministrador.

En todo caso, y como también se ha razonado con anterioridad, en ningún caso la conducta de las sociedades recurrentes cumple los requisitos de conformidad expresa o de constancia de la voluntad inequívoca del cliente en soporte electrónico, exigidos por la disposición adicional primera de la Orden ITC 1659/2009, porque el sistema de envío de cartas no permite tener justificación de que las cartas han sido efectivamente recibidas por el destinatario.

En relación con el segundo de los argumentos desarrollados por la parte recurrente en este motivo, consta en el expediente administrativo (folios 349 a 358), y así lo reconoce también la resolución sancionadora de la CNC y la misma sentencia impugnada en sus hechos probados (FD 2, apartado 3.6), que Iberdrola llevó a cabo una presentación en la CNE el 17 de septiembre de 2009, informando del procedimiento que iba a seguir.

A partir de dicha comunicación, así como de otras consultas y de denuncias de consumidores, el Consejo de la CNE, en su reunión de 22 de diciembre de 2009, inició 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 tenían derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, y dicho expediente finalizó con el

Informe aprobado por el Consejo de la CNE, de fecha 27 de julio de 2010, que señalaba lo siguiente 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 con los clientes."

"...podría contravenirse el 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."

En la jurisprudencia de esta Sala, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que como indican las sentencias de 30 de octubre de 2012 (recurso 1657/2010) y 16 de junio de 2014 (recurso 4588/2011), se refiere a *"la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión"*, y como indican las sentencias de 2 de enero de 2012 (recurso 178/2011) y 3 de marzo de 2016 (recurso 3012/2014), tan solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos, *"que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes"*.

La actuación de la CNE que se ha relatado en los hechos probados de la sentencia recurrida, dista mucho de constituir un signo externo suficientemente concluyente respecto de la legalidad de la actuación de las sociedades recurrentes, pues la comunicación a que se refieren en su recurso se produjo en el marco de unas reuniones, que el ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos mantenía de forma periódica con los agentes, a fin de conocer la evolución de la implantación del suministro de último recurso y otras cuestiones relacionadas con su competencia, sin que existiera ningún tipo de autorización o de actuación por parte de la CNE de la que razonablemente pudiera deducirse la conformidad a derecho de la actuación de las recurrentes, sino al contrario, tras la incoación de unas diligencias informativas, la CNE apreció que la conducta de las sociedades recurrentes podía infringir las reglas de formalización de los contratos y lesionar el derecho de los demás comercializadores de acceder a los puntos de suministro.

Se desestima el quinto motivo del recurso de casación.

NOVENO.- El sexto motivo del recurso alega la infracción del principio de proporcionalidad de la sanción, con infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 y 63.1.b) y 64 de la LDC, pues la sentencia recurrida confirmó los errores de la resolución impugnada en el cálculo del volumen de ventas afectado, que se basa en meras hipótesis o aproximaciones teóricas, tomó en consideración el universo de clientes destinatario de la segunda remesa de cartas, en vez del número de clientes traspasados, el cálculo se limitó a la simple operación mecánica de aplicar ciertos porcentajes al volumen de ventas afectado, sin atender a criterios como la ausencia de intencionalidad o la radical inexistencia de efectos reales y desconoció la necesidad de apreciar como atenuante la incertidumbre regulatoria y la buena fe con la que se dirigió Iberdrola al supervisor sectorial, al que llegó a comunicar su intención de llevar a cabo el procedimiento que ha determinado la imposición de la sanción.

El artículo 131 de la Ley 30/1992, que se reputa infringido en el presente motivo, se refiere al principio de proporcionalidad que la Administración debe respetar en la imposición de las sanciones administrativas, señalando los apartados 2 y 3 del precepto las reglas siguientes:

(2) *"El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas"*.

(3) *"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada."*

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, esta Sala ha señalado, de forma reiterada, entre otras en las sentencias de 24 de mayo de 2004 (recurso 7600/2000), 4 de abril de 2006 (recurso 4699/2003), 27 de febrero de 2007 (recurso 7130/2005), 6 de mayo de 2008 (recurso 5861/2005), 26 de enero de 2015 (recurso 1526/2013) y 23 de noviembre de 2016 (recurso 1003/2015), que *"el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y,*

desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción."

Como primera cuestión se refiere la parte recurrente a determinados errores en la determinación del volumen de ventas afectado por la infracción, considerado por la CNC y por la sentencia recurrida para la determinación de la sanción, con infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 y 63.1.b) LDC, que en su opinión puso de manifiesto el informe pericial aportado con la demanda, elaborado por la firma PwC con el título *"Análisis de la multa impuesta por la CNC a Iberdrola en el Expediente S/0213/10 Iberdrola Sur"*, que siguió una metodología distinta a la empleada por la CNC, atendiendo como dato de referencia a las tasas de abandono de los clientes traspasados en relación con el resto de los clientes, y que advirtió también que la CNC había calculado las ventas afectadas sobre los datos del total de clientes a los que se dirigió la segunda remesas de cartas, cuando debió tener en cuenta únicamente el total de clientes traspasados.

Debemos rechazar las anteriores alegaciones, pues el informe de PwC se centra en analizar el cálculo de las ventas afectadas por la infracción, cuando este no es el parámetro previsto en el artículo 63.1 b) de la LDC para la aplicación de los porcentajes que el propio precepto establece para las distintas infracciones muy graves, graves y leves.

En la sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013), y en otras muchas posteriores, hemos señalado que *«compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica»*, añadiendo que *«La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen.»*

Por tanto, en nuestro caso, la base o parámetro sobre el que debe aplicarse los porcentajes de la escala sancionadora es el *"volumen de negocios total de la empresa infractora"*, como resulta del artículo 63 LDC, y no el más limitado volumen de ventas afectado por la infracción que propugna el dictamen pericial, por lo que no puede acogerse esta primera parte del motivo.

DÉCIMO.- En este sexto motivo se alega igualmente la infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 y 64 de la LDC, al prescindirse del necesario juicio ponderativo exigido por el principio de proporcionalidad, ya que no existe una verdadera ponderación de las circunstancias que pudieran ser relevantes, y la sanción surge de un ejercicio puramente formulario y mecánico, que no consideró las ventas afectadas, la duración de la infracción, la intención de la recurrente en un escenario de incertidumbre regulatoria, la escasa repercusión en cuanto al número de clientes, la ambigüedad de la norma, la comunicación transparente de la conducta a la CNE, la falta de acreditación de efectos y la ausencia de problemas de los competidores de Iberdrola para contratar a los clientes que fueron traspasados al mercado libre.

Añade el motivo del recurso que la sentencia recurrida infringe el principio de falta de proporcionalidad, y el artículo 64.1 LDC, al no apreciar como circunstancias atenuantes la falta de intencionalidad infractora, pues la conducta de la parte recurrente estaba únicamente animada por la resolución de una situación de incertidumbre regulatoria claramente perjudicial para los clientes, y la buena fe de la recurrente manifestada al comunicar su conducta a la CNE.

La Sala no acoge las circunstancias atenuantes que invoca la parte recurrente.

En cuanto a la falta de intencionalidad infractora, ya se ha explicado en esta sentencia que no puede compartirse que la conducta de la sociedad recurrente estuviera guiada por el interés de los clientes, pues no dirigió sus comunicaciones a todos los clientes sin derecho a tarifa de último recurso que no hubieran elegido suministrador, sino solo a una parte seleccionada de estos.

Respecto de la transparencia de la sociedad recurrente al comunicar su actuación a la CNE, no considera esta Sala que dicha comunicación exceda de la obligación de suministrar a la CNE cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones, que impone la disposición adicional 11ª, apartado cuatro, número 4, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, a los sujetos que actúan en los mercados energéticos, sin que tal conducta presente las notas de colaboración activa y efectiva con la CNC que caracterizan la circunstancia atenuante descrita por el artículo 64.3.d) de la LDC.

Sin embargo, compartimos con la parte recurrente la apreciación de que la sanción se ha impuesto de forma mecánica, sin valorar la concurrencia de los criterios de graduación a que se refiere el artículo 64 LDC.

La resolución sancionadora de la CNC, confirmada por la sentencia impugnada, estimó que la conducta imputada era constitutiva de una infracción grave, de conformidad con el artículo 62.3, letra c), de la LDC, que con arreglo al artículo 63.1.b) del mismo texto legal puede sancionarse con multa de "hasta el 5%" del volumen de negocios total de la empresa infractora y, sin muchas más explicaciones, aplicó ese porcentaje del 5% sobre el volumen de ventas afectado que Iberdrola habría obtenido por la infracción, que calculó en 213.700.000 euros, fijando de esta forma el importe de la multa en 10.685.999 €.

Sin perjuicio de la aplicación de una base del cálculo de la multa, que no es la prevista por el artículo 63.1.b) de la LDC, como antes hemos indicado, tampoco la resolución sancionadora respeta la debida articulación entre dicho precepto y el artículo 64 de la LDC, al aplicar el porcentaje del 5%, que es el máximo previsto por la LDC para las sanciones graves, sin ninguna justificación de que concurrieran circunstancias de agravación de la responsabilidad.

En el sistema de graduación de las sanciones descrito por los artículos 63 y 64 de la LDC, la proporcionalidad o adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, se alcanza mediante la aplicación de los criterios de graduación, dentro de los límites máximos que dichos preceptos detallan.

Como señala la doctrina jurisprudencial de esta Sala, recogida en la sentencia de 29 de enero de 2015 y reiterada por muchas otras posteriores, el artículo 63 de la LDC marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa.

La sentencia impugnada, y la resolución sancionadora por esta confirmada, no siguieron las determinaciones de los artículos 63 y 64 de la LDC en la cuantificación del importe de la multa, sino que aplicaron una metodología distinta, con infracción del principio de proporcionalidad, lo que conduce a la estimación del motivo del recurso, con anulación de la sentencia impugnada en este único extremo relativo al importe de la multa, que ha sido calculado de un modo contrario a derecho, dejando subsistente la parte de la sentencia que declara la conformidad a derecho de los demás extremos de la resolución recurrida.

DECIMOPRIMERO.- La estimación del recurso en estos limitados términos obliga a esta Sala a resolver, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la LJCA, lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate.

Como criterios para la determinación del importe de la sanción del artículo 64 LDC, en el presente caso han de ponderarse como circunstancias de minoración de la responsabilidad de las empresas recurrentes las siguientes: (i) la duración de la infracción, limitada a 8 meses entre agosto de 2009 y marzo de 2010 (FD 4º de la resolución de la CNC), (ii) el número de consumidores afectados por la conducta infractora, constituido por los 268.001 clientes sin derecho a tarifa de último recurso, transitoriamente suministrados por Ibercur, que fueron automáticamente traspasados a la comercializadora libre del grupo sin recabar su consentimiento (Hecho Probado 3.3 de la resolución de la CNC), y (iii) el efecto de la infracción en relación con otras empresas comercializadoras, a las que la conducta infractora situó en una posición de desventaja competitiva, pero no les cerró la posibilidad de dirigir ofertas de contratación a los clientes que las recurrentes habían traspasado al mercado libre.

En consecuencia, debemos estimar el recurso contencioso administrativo, declarar la nulidad de la resolución sancionadora de la CNC, en lo que se refiere exclusivamente al importe de la multa, y ponderando las circunstancias que acabamos de exponer, consideramos procedente reducir la cuantía de la sanción de multa a la mitad de la impuesta por la resolución de la CNC, esto es, al importe de 5.342.500 euros.

DECIMOSEGUNDO.- En aplicación del artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley de la Jurisdicción, al estimarse en parte el recurso de casación y el recurso contencioso administrativo, no procede la imposición de las costas ocasionadas ni en este recurso ni en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar haber lugar al presente recurso de casación número 779/2014, interpuesto por la representación procesal de IBERDROLA SA, IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO SAU e IBERDROLA GENERACIÓN SAU contra la sentencia de 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 197/2012, que anulamos en el extremo relativo a la cuantificación de la multa. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal IBERDROLA SA, IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO SAU e IBERDROLA GENERACIÓN SAU, contra la resolución de la Comisión Nacional de



la Competencia de fecha 24 de febrero de 2012 (S/0213/1 Iberdrola Sur), que anulamos por su disconformidad a derecho, en el único extremo referido a la cuantificación del importe de la multa, declarando como cuantía procedente la de 5.342.500 euros. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D, Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.**- Léida y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ