

**Roj:** STS 1196/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:1196  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Recurso:** 2011/2013  
**Nº de Resolución:** 603/2016  
**Fecha de Resolución:** 15/03/2016  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Ponente:** DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

Defensa de la Competencia. Sanción. Competencia desleal. Campaña de información desleal con sus competidores.

---

#### **Encabezamiento**

##### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados y la Excma. Sra. Magistrada relacionados al margen ha visto el presente recurso de casación con el número 2011/2013 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Luis Fernando Álvarez Wiese y de la mercantil Gas Natural Comercial SDG, S.L., bajo la dirección Letrada de Doña Sofía García-Bragado Manen contrasentencia de fecha 29 de abril de 2013 dictada en el recurso 476/2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo partes recurridas la Procuradora de las Tribunales Doña María Teresa Uceda Blasco en nombre y representación de Iberdrola, S.A., bajo la dirección Letrada de Don Diego Crespo Lasso de la Vega y El Abogado del Estado en la representación que ostenta.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.-

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de GAS NATURAL COMERCIAL SDG SL contra la resolución del Consejo de la Comisión nacional de la Competencia (CNC) de 29 de julio de 2011 expediente sancionador S/0184/09 GAS NATURAL que declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Gas Natural Comercial SDG presentó con fecha 6 de mayo de 2013 escrito en el que suplica a la Sala la aclaración de la misma. Dicha solicitud fue evacuada mediante Auto

de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 20 de mayo de 2013 en el que se acuerda: "Corregir el error material existente en el encabezamiento de la sentencia de fecha 29 de abril de 2013 y donde dice <que la cuantía del recurso es indeterminada> debe decirse <que la cuantía del recurso asciende a 2.650.000 euros>".

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Gas Natural Comercial SDG, presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**CUARTO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el representante legal de la entidad mercantil "Gas Natural Comercial SDG, SL" (en adelante "GNC") interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2013 (rec. 476/2011) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011 por la que se impuso a dicha entidad una sanción de 2.650.000 €; por la comisión de una infracción prevista en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia por la realización entre mayo y septiembre de 2009 de una campaña de información a sus clientes, desleal con sus competidores.

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, denuncia diversas quebras de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales que concreta en las siguientes:

a) En primer lugar porque la sentencia establece que la cuantía del recurso es indeterminada en contra de lo establecido en el art. 42.1.a). Este motivo fue retirado a la vista del Auto de aclaración de sentencia en el que se estableció que la cuantía del recurso asciende a 2.650.000 €;

b) En segundo lugar por haber rechazado la sentencia de instancia, en su fundamento jurídico quinto, a analizar las alegaciones presentadas por dicha empresa en fecha 19 de octubre de 2012, vulnerando los artículos 56 LJ y los artículos 286 y 400 de la LEC. Y ello por no haber tenido en cuenta el documento enviado por Iberdrola a sus clientes presentado por la parte recurrente una vez contestada la demanda por el Abogado del Estado. Considera que, de conformidad con el art. 286 de la LEC, se pueden hacer valer hechos que conociesen posteriormente a la presentación a la demanda, por lo que la sentencia estaba obligado a tener en cuenta dicho documento que intentaba demostrar que también en esta compañía se habían detectado engaños y cambios del comercializador entre sus clientes, por lo que consideraba que acreditaba la necesidad de proteger a los consumidores de prácticas engañosas. Cuestión ésta directamente relacionada con la infracción que se le imputa y por la que se le impuso la sanción impugnada.

c) La sentencia incurre en motivación errónea, infringiendo el art. 218 de la LEC, en relación con los siguientes extremos:

- la sentencia indica que no existe correlación entre la fecha de envío de las cartas por parte de GNC y las conductas, quejas e irregularidades denunciadas en las mismas, información que se contradice con la documentación que obra en expediente (algunas de las cartas de quejas de clientes que obran en el mismo);

- la sentencia realiza una interpretación errónea del artículo 64.3.d) de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, dejando a dicho artículo desprovisto de contenido, en concreto en la interpretación de la expresión "activa y efectiva" referida a la colaboración a los efectos de la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 64.3 d) de la citada norma;

- la sentencia no realiza un análisis en profundidad de las cuestiones enjuiciadas limitándose a suscribir argumentos de la Comisión Nacional de la Competencia (la falta de relación entre las fechas de las cartas de queja de los clientes y la carta enviada por la GNC, relacionar la carta enviada por dicha compañía con las denegaciones de cambio de suministrador o que la carta se excede del objetivo de advertir a los clientes sobre las prácticas)

- interpreta de forma errónea el art. 3 de la LDC en relación con los artículos 5,9y10 de la Ley 3/1991 por entender que la carta enviada contiene afirmaciones o juicios que sin ser exactos o verdaderos resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad de otros comercializadores afectando al interés público de un servicio básico y produciendo efectos en el mercado; finalmente porque se aprovechó de la existencia de unas prácticas irregulares para enviar una carta que excede del objetivo de advertir sobre las precauciones que debían adoptar frente a las prácticas que habían sido denunciadas.

Por todo ello considera que la sentencia incurre en errores de derecho que provocan una motivación errónea que deviene arbitraria e infundada, lo que equivale a falta de motivación.

2º El segundo motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, alega dos vulneraciones:

- La infracción por falta de aplicación del artículo 64.3.d) de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, dejando a dicho artículo desprovisto de contenido, dejando de aplicar la atenuante prevista en el mismo.

- La indebida aplicación del art. 3 de la LDC en relación con el artículo 5,9y10 de la LDC al entender que las cartas enviadas a los clientes por parte de GNC vulneran dicho artículo.

Y suplicando a la Sala: "[...] y por interpuesto en tiempo y forma Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2013 dictada en el procedimiento contencioso-administrativo ordinario nº 00476/2011, declarándola nula de pleno derecho, o, en su caso, revocada".

**QUINTO.-** Con fecha 27 de noviembre de 2013 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó providencia por la que se pone de manifiesto a las partes, para alegaciones por el plazo de diez días, la posible concurrencia de causa de inadmisión en relación con el recurso de casación interpuesto por Gas Natural Comercial SDG, S.L.

Evacuado dicho trámite la Sala dictó Auto de fecha 6 de marzo de 2014, en el que se acuerda: "1) Inadmitir el motivo primero, apartados 2.b) y 3.d) así como el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de GAS NATURAL COMERCIAL SDG, S.L., contra la sentencia de 29 de abril de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso número 476/2011.

2) Admitir el motivo de casación primero apartados 1, 2, 3.a), 3.c) y 4. Sin costas".

**SEXTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó la representación procesal de Iberdrola, S.A., oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "[...] inadmita los motivos de casación invocados por la recurrente o, subsidiariamente, los desestime, confirmando la Sentencia recurrida en todos sus extremos, con imposición de costas a la parte recurrente".

Por su parte el Abogado del Estado, presentó escrito de oposición, oponiéndose y suplicando a la Sala: "[...] tenga por impugnado el recurso de casación interpuesto para resolverlo mediante sentencia que lo desestime. Con Costas.

**SÉPTIMO.-** Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 16 de febrero de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO .** En el presente recurso de casación, interpuesto por la entidad mercantil "Gas Natural Comercial SDG, SL" (en adelante "GNC") contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2013 (rec. 476/2011) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011 en el particular referido a la imposición a dicha entidad de una sanción de 2.650.000 €; por la comisión de una infracción prevista en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia por la realización entre mayo y septiembre de 2009 de una campaña de información a sus clientes, desleal con sus competidores.

**SEGUNDO .** Falta de valoración de un documento.

La recurrente plantea, como vicio in procedendo y al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, la vulneración de los artículos 56 LJ y los artículos 286 y 400 de la LEC, por entender que la sentencia no tuvo en cuenta el documento enviado por Iberdrola a sus clientes. Documento que fue aportado por la parte recurrente una vez contestada la demanda por el Abogado del Estado, por lo que entiende que al amparo del art. 286 de la LEC, que permite que se puedan hacer valer los hechos que conociesen posteriormente a la presentación a la demanda, la sentencia estaba obligada a tener en cuenta dicho documento que intentaba demostrar que también en esta compañía se habían

detectado engaños y cambios del comercializador entre sus clientes, por lo que consideraba que acreditaba la necesidad de proteger a los consumidores de prácticas engañosas, cuestión ésta directamente relacionada con la infracción que se le imputa y por la que se le impuso la sanción impugnada.

La sentencia impugnada respecto de este extremo afirma, en su fundamento jurídico quinto, que "No procede entrar a analizar en este recurso el documento enviado por Iberdrola a sus clientes presentado por la parte actora una vez contestada la demanda por el Abogado del Estado alegando que es similar a la carta objeto del presente procedimiento ya que nos limitamos a examinar en este recurso la conformidad a derecho de la resolución impugnada. En su caso el recurrente si considera que dicho documento vulnera la Ley de Defensa de la competencia puede presentar la correspondiente denuncia ante la CNC sin que esta indicación suponga un pronunciamiento de esta Sala acerca de dicho documento".

La sentencia explica las razones por las que considera que la existencia de una carta emitida por un competidor carece de relevancia para analizar la infracción enjuiciada, pues, en definitiva, sostiene que la eventual infracción que esta otra compañía hubiera podido cometer, realizando una práctica similar a la enjuiciada, no alteraría la posibilidad de sancionar su conducta. La sentencia aunque no lo exprese con estas palabras, acoge la doctrina reiterada de que no cabe invocar la igualdad en la ilegalidad, así se desprende de su afirmación "ya que nos limitamos a examinar en este recurso la conformidad a derecho de la resolución impugnada" para añadir a continuación que "si ese otro documento vulnera la Ley de Defensa de la competencia puede presentar la correspondiente denuncia ante la CNC".

En definitiva, la sentencia no se niega a valorar un documento por entender que este se ha presentado extemporáneamente sino por considerar que el mismo carecía de incidencia sobre la licitud o ilicitud de la conducta enjuiciada, cuestión esta que no es encuadrable como una falta de motivación, invocable al amparo del artículo 88.1.c) de la LJ.

Se desestima este motivo.

### **TERCERO** . Motivación errónea.

La sentencia incurre, a juicio de la entidad recurrente, en una "motivación errónea", infringiendo el art. 218 de la LEC en relación con diferentes extremos, algunos de los cuales fueron inadmitidos por el Auto de la Sección Primera de este Tribunal de 6 de marzo de 2014. Nos centraremos, por tanto, en aquellas alegaciones que han sido admitidas y que se concretan en las siguientes:

- considera que la sentencia, al afirmar que no existe correlación entre la fecha de envío de las cartas por parte de GNC y las conductas, quejas e irregularidades denunciadas en las mismas, entra en contradicción con la documentación que obra en expediente;

- considera la sentencia no realiza un análisis en profundidad de las cuestiones enjuiciadas limitándose a suscribir argumentos de la Comisión Nacional de la Competencia (la falta de relación entre las fechas de las cartas de queja de los clientes y la carta enviada por la GNC, relacionar la carta enviada por dicha compañía con las denegaciones de cambio de suministrador o que la carta se excede del objetivo de advertir a los clientes sobre las prácticas).

Conviene empezar por señalar que una motivación errónea, que es lo que la parte denuncia en este motivo, es sustancialmente diferente de un defecto de motivación. Pues a diferencia de la falta de motivación, que impide conocer las razones en las que se funda la decisión adoptada, la motivación errónea se produce cuando la motivación existe pero los argumentos o razones utilizados por la sentencia para dar respuesta a los motivos de impugnación esgrimidos por la parte no le gustan o los considera inadecuados, pero ello integra una discrepancia con la motivación proporcionada por la sentencia, que ha de denunciar la amparo de lo previsto en el motivo de casación previsto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, tal y como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sentencia de 7 de febrero de 2006 (rec. 3912/2003) y sentencia de 2 de marzo de 2011 (rec. 624/2007).

La parte discute lo afirmado en la sentencia respecto a la correlación entre la fecha de envío de las cartas por parte de GNC y las conductas, quejas e irregularidades denunciadas en la misma. Y ello por entender que lo afirmado en la sentencia no es correcto y contradice la documentación que obra en expediente. Pues bien, tal alegación no plantea un defecto de motivación, invocable al amparo del artículo 88.1.c) de la LJ, sino su discrepancia con la motivación proporcionada con la sentencia y su eventual contradicción con el resto de las pruebas obrantes en el expediente, y ambas alegaciones han de ser invocadas como un vicio *in iudicando* de la sentencia, al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, pues o se trata de una motivación errónea, sobre la que ya hemos argumentado, o denuncia una valoración arbitraria de la prueba, lo cual también se integra como un motivo casacional que ha de plantearse al amparo del art. 88.1.d) de la LJ.

En segundo lugar cuestiona la sentencia por entender que no realiza un análisis en profundidad de las cuestiones enjuiciadas, limitándose a suscribir argumentos de la Comisión Nacional de la Competencia. La sentencia, en su fundamento jurídico tercero, consideró acertados los razonamientos de la CNC, y tras diferentes afirmaciones respecto de la carta enviada y las circunstancias que la rodean, concluye que la misma, "tal y como entiende la CNC" vulnera el artículo 3 de la LDC "ya que ya que dicha carta contiene afirmaciones o juicios que sin ser exactos y verdaderos, observados en su conjunto y teniendo en cuenta el contexto en el que se realizan, resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas, afectando al interés público en la liberalización de un servicio básico y produciendo efectos en el mercado. Por lo tanto a juicio de esta Sala queda acreditada la comisión de la infracción".

La sentencia, por tanto, coincide en gran medida con los argumentos incorporados a la resolución administrativa y los incorpora como propios al tiempo de valorar la conducta sancionada, realizando una motivación por remisión, sin que ello implique una falta de motivación, pues existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras STC 187/2000, de 10 de julio) en las que se afirma que "no existe, por lo tanto, un derecho fundamental (...) a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2; 187/1998, de 28 de septiembre, F. 9 ; 215/1998, de 11 de noviembre, F. 3y206/1999, de 8 de noviembre, F. 3)". Y así lo señalado también este Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de diciembre de 2015

(rec. 801/2014) que remitiéndose a la jurisprudencia existente en esta materia, ha afirmado que "No existe ausencia de motivación, pues, como más arriba se recoge, no se exige una argumentación singularizada respecto de todas y cada de las pruebas, ni sobre todos y cada uno de los argumentos impugnatorios, bastando con que de la fundamentación de la Sentencia se infiera claramente su <<ratio decidendi>>, pudiendo, incluso, ser dicha motivación por remisión o <<in aliunde>>, como acaba de verse".

Se desestima este motivo.

#### **CUARTO** . Vulneración del artículo 3 de la LDC.

El segundo motivo denuncia la indebida aplicación del art. 3 de la LDC en relación con el artículo 5, 9 y 10 de la LDC, al entender que las cartas enviadas a los clientes por parte de GNC no vulneran dicho artículo.

Consta acreditado, y no se pone en duda, que GNC realizó una campaña de información que consistió en enviar a sus consumidores domésticos y pymes, tarifas T1 y T2, una carta (el número de envíos fue aproximadamente 5 millones), con el siguiente contenido:

"En los últimos meses algunos de nuestros clientes nos han expresado un cierto malestar derivado de la visita inesperada de agentes comerciales no pertenecientes a Gas Natural.

Estos comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas, ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas de forma rápida y fácil.

La normativa vigente facilita al máximo el cambio de comercializadora. Y es justo esta facilidad la que aprovechan dichos comerciales para atraer clientes a otras compañías, ofreciéndoles facturar en condiciones aparentemente más ventajosas, asegurándoles, además, que es Gas Natural quien sigue responsabilizándose del servicio.

Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención, ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por Gas Natural.

Por este motivo, y con el único objetivo de que pueda seguir disfrutando de las máximas garantías de servicio, confort y tranquilidad a los que usted y su familia están acostumbrados por ser clientes de Gas Natural, le recomendamos que tome una serie de precauciones:

Asegúrense de que la persona que llama a su puerta está debidamente identificada.

Tenga la debida precaución en facilitar sus datos personales u otra información privada (especialmente datos bancarios, datos de facturas de gas, etc).

Compruebe que la oferta sea transparente y que no resulte un gasto adicional para su economía.

No abone nunca en efectivo una factura que se le presente en nombre de Gas Natural

Para su mayor seguridad y confianza, ponemos a su disposición nuestro Teléfono de Atención al Cliente 902 444 426, para ayudarle a resolver cualquier duda, o para prevenir los inconvenientes que puedan causarle acciones ajenas a nuestra compañía.

En Gas Natural llevamos más de 165 años dedicándonos a lo mejor que sabemos hacer. Por eso, tenemos más de 11 millones de clientes satisfechos, como usted, y más de 1, 5 millones que confían en nuestros servicios de mantenimiento".

La sanción impuesta, prescindiendo del contenido de las recomendaciones contenidas en la carta, imputa la infracción a la primera parte de la carta. La sentencia de instancia, en este mismo sentido, afirma que no es reprochable el envío de una carta a sus clientes ni las recomendaciones contenidas al final de la misma sino que "se incluyen en esa carta además de esas recomendaciones similares a la guía Energywatch otras afirmaciones que son aptas para descalificar a otros comercializadores competidores". De modo que el contenido sancionable de la carta estaría constituido por los cuatro primeros párrafos de la misma. La sentencia impugnada razona respecto de este extremo que:

"1) Se infunden dudas no sólo sobre la integridad de un concreto competidor sino sobre todos ellos, de manera que por exclusión se induce a confiar exclusivamente en Gas Natural que había sido durante mucho tiempo la única marca comercial presente en el mercado por haber sido un servicio prestado en régimen de monopolio.

2) No son totalmente veraces las afirmaciones contenidas en la carta referidas a que "ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por GAS NATURAL" ya que el artículo 10 RD 1434/2002 regula que la empresa distribuidora en este caso GAS NATURAL DISTRIBUCION, empresa del grupo tiene la obligación de "operar y mantener sus redes de distribución" y de proceder "a la lectura de los contadores de todos los consumidores conectados a sus instalaciones" por lo tanto Gas Natural o a través de Gas Natural Distribución o cualquier otra distribuidora del grupo siguen responsabilizándose del servicio en lo que a sus obligaciones como distribuidora se refiere.

3) No existe una correlación entre la fecha de envío de las cartas y las supuestas conductas quejas e irregularidades, lo que induce a pensar que el motivo de la misiva no era principalmente advertir sobre esas irregularidades sino evitar la pérdida de clientes en un momento crítico en el proceso de liberalización e influir sobre los consumidores en su decisión de cambio de suministrador utilizando para ello términos confusos que generaban dudas sobre las bondades del cambio de suministrador mezclados con recomendaciones legítimas. De hecho se constata en los informes trimestrales publicados por la CNE analizando los datos del número de consumidores de grupo de Gas Natural, que la tendencia de reducción mes a mes del número de clientes de Gas Natural tuvo un cambio muy significativo en el mes de julio de 2009, es decir dos meses después de empezar Gas Natural con su campaña masiva a sus 5 millones de clientes. Ese mes no sólo no perdió clientes sino que ganó más de 100.000 clientes.

4) Hay que tener en cuenta que la carta se envía por el antiguo incumbente de un mercado en proceso de liberalización en el que existía una posición de dominio en

las redes de distribución (6 millones de puntos de suministro o el 84% del nacional) y una cuota del 72% en el suministro a clientes domésticos. Por otra parte esa campaña coincidió con la realización simultánea por parte de empresas del mismo grupo de otras prácticas tendentes a obstaculizar la entrada de competidores en el mercado de la comercialización del gas natural también sancionadas en esta misma resolución consistentes en denegar solicitudes de cambio de suministrador presentadas por otro agente comercializador entre julio de 2008 y mayo de 2009, lo que apoya que la finalidad de las cartas no era proteger al cliente sino disminuir su interés ante una posible oferta de cambio de suministrador y realizar por tanto desde distintos frentes actuaciones con el mismo objetivo de eliminar la competencia. Es decir se aprovechó la existencia de unas prácticas irregulares para enviar una carta que excede del objetivo de advertir a los clientes sobre las precauciones que debían adoptar frente a esas prácticas que habían sido denunciadas.

Por lo tanto tal como entiende la CNC se ha vulnerado el artículo 3 de la LDCya que dicha carta contiene afirmaciones o juicios que sin ser exactos y verdaderos, observados en su conjunto y teniendo en cuenta el contexto en el que se realizan, resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas, afectando al interés público en la liberalización de un servicio básico y produciendo efectos en el mercado. Por lo tanto a juicio de esta Sala queda acreditada la comisión de la infracción".

La entidad recurrente argumenta que la sentencia impugnada interpreta de forma errónea el art. 3 de la LDC en relación con los artículos 5, 9 y 10 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre), al afirmar que la carta enviada contiene afirmaciones o juicios que sin ser exactos o verdaderos resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad de otros comercializadores afectando al interés público de un servicio básico y produciendo efectos en el mercado.

Así, por lo que respeta al hecho de infundir dudas sobre la integridad de sus competidores, argumenta que el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal requiere que las manifestaciones sobre el competidor sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado y sean inexactas, falsas o no pertinentes.

Su impugnación cuestiona diferentes extremos: a) en primer lugar, entiende que la carta se envía en un contexto en el que algunos agentes comerciales y falsos inspectores realizaban de forma masiva captaciones engañosas de clientes y estafas, por lo que recibió numerosas quejas, y que la comunicación no contiene manifestaciones que no sean veraces, teniendo por finalidad evitar dichas prácticas, por lo que considera que en modo alguno puede considerarse que tenían como finalidad denigrar a sus competidores; b) en segundo lugar, alega que no es cierto que las afirmaciones contenidas en la carta no sean totalmente veraces, en concreto la referida a que "ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por GAS NATURAL"; c) considera existe una correlación entre la fecha de envío de las cartas y las supuestas conductas, quejas e irregularidades detectadas, puesto que GNC envió la carta a sus clientes entre mayo y septiembre de 2009, dentro del marco temporal en que se produjeron las quejas; d) finalmente cuestiona la afirmación consistente en que se aprovechó de la existencia de unas prácticas irregulares para enviar una carta que excede del objetivo de advertir a los clientes sobre las precauciones que debían adoptar frente a estas prácticas que habían sido denunciadas.

No puede acogerse esta argumentación. La carta, en los términos que estaba redactada y tomando en consideración que el mercado del gas se encontraba en un proceso de liberalización, se refería claramente a los agentes comerciales de la compañías competidoras que pretendían convencer a sus clientes para que cambiasen de compañía suministradora ("visita inesperada de agentes comerciales no pertenecientes a Gas Natural. [...] Estos comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas, ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas de forma rápida y fácil"), instando a sus clientes a que no confiaran en los mismos ni en las ofertas que les presentasen, insinuando la falta de seriedad y engaño de estas ofertas con la finalidad que permaneciesen con Gas Natural ("La normativa vigente facilita al máximo el cambio de comercializadora. Y es justo esta facilidad la que aprovechan dichos comerciales para atraer clientes a otras compañías, ofreciéndoles facturar en condiciones aparentemente más ventajosa, asegurándoles, además, que es Gas Natural quien sigue responsabilizándose del servicio"). Los términos vagos y confusos en los que se le informa sobre los servicios que estaría obligada a prestar, en caso de cambio de compañía, induce a pensar al consumidor medio que, en caso de que optase por el cambio de compañía, Gas Natural se desvincularía de la prestación del servicio del suministro ("Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención, ni el servicio que le pueden ofrecer están avalados por Gas Natural") afirmación esta que no responde a la realidad, pues según el artículo 10 del Real Decreto 1434/2002 seguiría estando obligada a operar y mantener las redes de distribución y proceder a la lectura de contadores de los consumidores conectados a sus instalaciones, sin que del texto de esta misiva se desprendiese que tan solo se estaba refiriendo, como ahora sostiene, a la falta de prestación del servicio de atención del cliente y los servicios relacionados con la comercialización. No es este el mensaje que transmitía ni el que se percibía por el consumidor. De modo que el mensaje inducía al engaño en torno a los servicios que Gas Natural seguiría estando obligada a prestar al consumidor, aunque éste se cambiase de compañía. Ninguna relevancia puede concederse al hecho de que el remitente de la carta fuera la empresa Gas Natural Comercial y no Gas Natural Distribución, pues, tratándose de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, no es posible exigir al consumidor medio la captación de estas sutilezas y de ahí extraer la conclusión en razón a la distribución competencial entre dichas empresas que tan solo se estaba refiriendo a los servicios comerciales y no a los de distribución, pues el consumidor, a falta de toda otra especificación o aclaración, tan solo percibe que el remitente es la compañía Gas Natural, con la que tenía contratado el suministro del gas, la que le indica que si cambia de compañía ni la garantía, ni la atención "ni el servicio" estaban avalados por la misma.

Y, finalmente, sí se aprecia la falta de correlación entre la fecha de envío de las cartas y las supuestas conductas, quejas e irregularidades detectadas, pues las cartas de denuncia aportadas al expediente se produjeron mayoritariamente en el año 2008 y solo alguna se produjo a comienzos del 2009 mientras que la campaña de envío masivo de la carta ahora enjuiciada comenzó a partir del 15 de mayo de 2009 y se prolongó hasta septiembre de 2009, por lo que existió una diferencia temporal, en el mejor de los casos, de varios meses o incluso de un año, entre tales hechos y la reacción de la compañía. Por el contrario, ha quedado demostrado que el envío de esta misiva tuvo una inmediata repercusión en la fidelidad e incremento del número de clientes.

Por todo ello, no puede considerarse que la sentencia interpretase o aplicase incorrectamente el art. 3 de la LDC avalando la sanción impuesta, por entenderse que la conducta analizada desacreditó la actividad de sus competidores, proporcionando una

información inexacta y que afectó al interés público representado por la liberalización de un servicio básico que produjo efectos en el mercado.

Se desestima este motivo.

**QUINTO** . Vulneración del 64.3.d) de LDC.

La parte recurrente denuncia la infracción del artículo 64.3.d) de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, por falta de aplicación de la atenuante prevista en dicho precepto, en cuya virtud "Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

d) la colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley".

La sentencia de instancia por lo que respecta a la aplicación de dicha atenuante afirma que "la atenuante por colaboración prevista en el artículo 64.3 d) de la Ley 15/2007 por el hecho de haber facilitado toda la información que le ha sido requerida, no se aprecia que concurra. En efecto dicho artículo requiere que la misma "sea activa y efectiva" lo que determina que la colaboración de una empresa en la investigación no da derecho a reducción alguna de la multa cuando dicha colaboración no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que recaen sobre ella en virtud de lo establecido en el artículo 39 de la Ley 15/2007 que establece que "Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley".

La entidad recurrente solicita la aplicación de dicha atenuante argumentando que Gas Natural a los pocos días de que se le notificase el inicio del procedimiento sancionador presentó una solicitud de terminación convencional y aportó toda la información que le fue requerida por la CNC sin dilación, incluso información relevante para el expediente que no le fue requerida, y asumió el compromiso de cesar en la conducta enjuiciada. Entiende, por ello, que su conducta debe considerarse una colaboración "activa y efectiva" a los efectos de la aplicación de esta atenuante.

El mero cumplimiento del deber de colaborar y proporcionar, a requerimiento de la Comisión Nacional de la Competencia, los datos e informaciones de que dispongan constituye una obligación a la que están sometidas todas las personas físicas y jurídicas, tal y como dispone el art. 39 de la LDC. De hecho, si una empresa se niega a suministrar la información requerida o cuando la información suministrada es incompleta, incorrecta, engañosa o falsa o no presentar los libros o documentos solicitados puede dar lugar a la comisión de una infracción leve (art. 62.2 apartados c) y e) de la LDC). Por ello, la colaboración "activa y efectiva" exige un plus de colaboración superior al hecho de atender a los requerimientos que le dirija la Comisión.

Tampoco el hecho de que dicha empresa solicitase en dos ocasiones la terminación convencional del procedimiento sancionador puede calificarse como una colaboración activa y efectiva, pues con ello tan solo se pretende la terminación del procedimiento sancionador sin imposición de sanción alguna, asumiendo compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del

expediente, compromiso que, por otra parte, también fue rechazado.

Y finalmente lo que denomina "información adicional" aparece referida a la carta enviada y copias de las quejas de sus clientes, información que se aportó en su descargo y no como una colaboración "efectiva".

Se desestima este motivo.

#### **SEXTO** . Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas que han formalizado oposición, más el IVA que corresponda a la cantidad fijada.

#### **FALLAMOS**

Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil "Gas Natural Comercia SDG, SL" contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2013 (rec. 476/2011) con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.