



Roj: **STS 4681/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4681**

Id Cendoj: **28079130032016100420**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **198/2014**

Nº de Resolución: **2301/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2016

Esta Sala ha visto constituida la **Sección Tercera** el recurso de casación número 198/14, interpuesto por ENDESA ENERGÍA XXI SL, representado por el Procurador D. Carlos Piñeira de Campos (en sustitución de D. Manuel Lanchares Perlado), contra la sentencia de 31 de octubre de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 340/12, sobre sanción. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 340/12, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por Endesa Energía XXI SL (EEXXI), contra resolución de 11 de junio de 2012, que la sanciona con una multa de 5.475.000 euros, como responsable de una infracción del art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia(LDC), en el expediente sancionador S/0304/10 ENDESA, por actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

En la mencionada resolución de 11 de junio de 2012, se adoptaron los siguientes acuerdos:

<<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 es autora la empresa ENDESA ENERGÍA XXI SL.

Segundo.- Imponer a ENDESA ENERGÍA XXI SL, como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 5.475.000 euros.

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

SEGUNDO.- La Sala de instancia dictó sentencia de fecha 31 de octubre de 2014 cuya parte dispositiva dice textualmente:

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

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



TERCERO.- Contra la referida sentencia, ENDESA ENERGÍA XXI SL preparado recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. La mencionada recurrente se personó en tiempo y forma y formuló los seis motivos de casación siguientes.

Primero.- Inadmitido por Auto de 2 de octubre de 2014.

Segundo.- Inadmitido por Auto de 2 de octubre de 2014.

Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , la sentencia impugnada vulnera la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009 , artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000 , así como los artículos 25 CE , 9.3 CE , 127 y 129 LRJPAC. A) la sentencia aplica una disposición que no contempla el supuesto de hecho que ha sido objeto de la sanción. B) Aplica la Disposición Primera de la Orden a un supuesto de hecho no contemplado por la misma contraviniendo el principio de tipicidad, en relación al principio de legalidad, así como la prohibición de la aplicación analógica y extensiva de la norma sancionadora. C) sobre la aplicabilidad, a sensu contrario, del artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre , por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica y consecuente vulneración de dicha prevision.

Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , al vulnerar la sentencia el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal , artículo 25 CE y artículo 127 LRJPAC.

Quinto.- Al amparo del art 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicable por haber vulnerado la sentencia (i) los artículos 9.3 y 24 CE , 217 y 348 LEC , (ii) los artículos 25 CE , 127 LRJAC, (iii) el artículo 3 de la LDC .

Sexto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicable por haber vulnerado la sentencia los artículos 63 y 64 LDC , artículos 14 y 120.3 CE , artículos 218.2 LEC y el principio de proporcionalidad.

Y termina suplicando a la Sala dicte sentencia por la que dicte estime el recurso de casación, case y anule la sentencia de 31 de octubre de 2013 recurrida y resuelva el citado recurso contencioso-administrativo en los términos indicados en el suplico de la demanda en el procedimiento de instancia.

CUARTO.- Por auto de 2 de octubre de 2014, la Sala inadmitió el recurso de casación en lo relativo a los motivos primero y segundo, admitiendo el resto de los motivos de casación.

QUINTO.- Dado traslado para oposición, la Administración del Estado, en su escrito de 4 de diciembre de 2014, tras las alegaciones que consideró oportunas, suplicó a la Sala dicte sentencia por la que desestime el recurso, con imposición a la contraparte de las costas causadas.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 31 de octubre de 2014 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de junio de 2012 mediante la cual fue sancionada como autora de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

La resolución sancionadora aprecia una conducta desleal en la sociedad recurrente con remisión a lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 15 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, consistente en «el traspaso al mercado libre de clientes sin derecho a tarifa de último recurso (TUR) que estaban siendo suministrados transitoriamente por ENDESA, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor exigido por la normativa sectorial».

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia se dictó tras la tramitación del expediente sancionador en el número S/0304/2010 y consideró a «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» responsable de una conducta desleal del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , que determinó el falseamiento de la competencia con afectación al interés público, imponiendo a dicha sociedad mercantil -de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la referida Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia - una multa de 5.475.000 Euros.



SEGUNDO.- La Sala de instancia dicta sentencia el 31 de octubre de 2014 desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 340/2012 . La Audiencia Nacional sintetizó en el primer fundamento jurídico de la sentencia cuál fue la conducta desleal imputada a «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» y las alegaciones sustanciales del recurso. Tras exponer el contexto normativo en el que se desarrollaron las actuaciones objeto de enjuiciamiento, analiza la concurrencia de los requisitos necesarios para que la conducta examinada pueda ser calificada como un comportamiento desleal del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia . Las consideraciones jurídicas en cuya virtud desestima el recurso contencioso administrativo deducido son del siguiente tenor literal:

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

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

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

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

[...] En cuanto al requisito de falseamiento de la competencia de forma significativa.

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

Considera Endesa que la conducta imputada no ha afectado de forma significativa a la competencia y que no ha generado barreras de entrada ya que 1) los competidores pudieron hacer ofertas competitivas replicando y mejorando la oferta de Endesa ya que ésta dejaba margen suficiente para que terceros operadores pudieran ofrecer descuentos lo suficientemente atractivos como para fomentar la salida de este tipo de clientes. 2)



el análisis de la tasa de bajas de Endesa respecto a los clientes no TUR afectados acredita que Endesa no obtuvo ninguna ventaja competitiva pues dicha tasa es superior a la tasa de cambio de suministrador en el conjunto del mercado libre 3) la cuota de mercado de Endesa en el segmento de clientes sin derecho a TUR fue decreciendo progresivamente y esa evolución decreciente coincide temporalmente con las comunicaciones emitidas por Endesa en las que se anunciaba a los clientes la posibilidad de contratar en el mercado con cualquier comercializador. 4) más del 60% de las bajas de clientes no TUR suministrados transitoriamente por Endesa se debieron a que los consumidores recibieron ofertas de terceras comercializadoras. Añade que en los hechos tomados en cuenta en el expediente S/0184/09 Gas Natural (resolución de 29 de julio de 2011) a efectos de acreditar la aplicabilidad del artículo 3 LDC han sido precisamente los contrarios a los demostrados en el presente caso-pérdida de clientes por parte de ENDESA, frente a incrementos de volumen de clientes por parte de Gas Natural, lo que constituye una prueba adicional de que ENDESA ni desincentivó ni obstaculizó la captación de clientes por parte de terceros comercializadores y que por tanto el artículo 3 no es aplicable al presente caso. Lo mismo sucede en el expediente S/0213/10 Iberdrola Sur (resolución de 24 de febrero de 2012) en la que el Consejo tuvo en cuenta a efectos de demostrar la afectación sensible de la competencia el hecho de que " *el porcentaje de receptores de cartas que fueron traspasados es superior a la cuota de fidelización de Iberdrola en mercado libre suministrados por la comercializadora del grupo*".

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

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

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

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

Por otra parte como señala el Abogado del Estado el primer informe pericial 1º) Asume que las tarifas superiores por parte de Endesa, favorecerán la existencia de ofertas más ventajosas por parte de la competencia. Sin embargo, esto no implica que se vaya a producir una tasa de cambio de compañía por parte de los consumidores. Al contrario, la existencia de esas elevadas tarifas puede ser una consecuencia precisamente de esa poca disponibilidad al cambio. 2º) En cuanto a la caída de consumidores en el periodo no hay motivo que permita vincular esa caída exclusivamente con el envío de cartas, y la información disponible no permite determinar si esta tendencia existía con anterioridad. 3º) Con respecto a la comparación de las tasas de cambio entre consumidores en el mercado libre y en el mercado regulado tal comparación no es apropiada pues los consumidores del mercado libre se refieren a consumidores que ya han realizado cambios de suministrador con anterioridad (y posiblemente recientes, cabe presumir que son proclives al cambio de



suministrador) además como el propio informe apunta, al ser consumidores del mercado libre y no tener aplicado el recargo existiría menos margen de los competidores para mejorar las tarifas. En cuanto al segundo informe. 1º) El análisis de la pérdida de clientes tiene el mismo problema, que en el primer informe (no permite analizar la tendencia) pero además mientras Endesa afirma que el envío de cartas fue paulatino el informe se basa en que el efecto de la carta fue inmediato (que produjo efectos el mismo mes que se mandó) cosa que no es posible si debía transcurrir al menos un mes. 2º) Además al coincidir el envío de las cartas con la elevación de la TUR, no es posible afirmar que este envío fuera la causa de un mayor cambio en la elección de comercializador de energía por parte de los consumidores. 3º) Con respecto al método de entrega de la carta, el hecho que los encuestados recuerden "recibir la factura electrónica" no implica que los clientes analicen la información adjunta a esa factura.

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

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

TERCERO.- El recurso de casación formulado por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» se articula en seis motivos, todos ellos -salvo los dos primeros, inadmitidos por Auto de 2 de octubre de 2014- formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional .

En el tercer motivo casacional, acogido al cauce del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» denuncia que la Sentencia infringe la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000 , así como los artículos 25, 9.3 CE , 127 y 129 LRJPAC. Aduce, en síntesis, la infracción del principio de tipicidad en el ámbito sancionador por cuanto la sentencia declara la conformidad a Derecho de una resolución que sanciona unos hechos que no encajan dentro de las conductas infractoras contempladas en la normativa sectorial, pues la conducta imputada a ENDESA no supone una vulneración de la Disposición Adicional 1ª de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, que 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 tarifas de último recurso de energía eléctrica.

Continúa su alegato afirmando que la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, no puede formar parte del tipo infractor por regular los supuestos de cambio de suministrador, e insiste en que la sentencia, siguiendo el criterio de la Comisión Nacional de la Competencia, realiza una interpretación extensiva de la citada Disposición aplicándola a un supuesto en que no se produce el cambio de suministrador, no contemplado en la Orden con contravención de los principios de tipicidad y legalidad. La Sala de instancia - sostiene la parte- afirma erróneamente que la actuación imputada consistente en la migración de los clientes no TUR, dentro de la propia sociedad, debe regirse por la aludida Disposición Adicional 1ª de la Orden ITC 1659/2009 -que exige el consentimiento expreso del cliente- y no por lo dispuesto en el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000 , que prevé el consentimiento tácito del cliente.

CUARTO.- Para el examen del motivo de casación resulta procedente hacer unas consideraciones previas.

Ante todo, es obligado destacar que en el caso que nos ocupa la Comisión Nacional de la Competencia, aprecia la infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia , que dispone que «tendrán el tratamiento de conducta prohibida todos aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

Para la calificación de la conducta desleal desarrollada por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» la Comisión acude a la definición de conducta desleal de la Ley de Competencia Desleal, ley 3/1991, de 10 de enero. Se remite, en concreto, a lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal , que reputa desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial».



Seguidamente, para comprobar la existencia de una infracción de la normativa sectorial que integra el ilícito de deslealtad del apartado reseñado de la Ley de Competencia Desleal, analiza el contenido de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, que regula el mecanismo de traspaso de clientes del suministro a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica, así como el precio y condiciones de aplicación del suministro de los consumidores que, sin tener derecho a la tarifa de último recurso, de forma transitoria carecen de contrato de suministro con un comercializador y continúan consumiendo electricidad. Se examina en la resolución sancionadora si es de aplicación al caso la exigencia de consentimiento expreso en contemplado en la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, cuyo título reza «Conformidad del cliente al cambio de suministrador».

Los términos de la Disposición Adicional Primera de la Orden 1659/2009, de 22 de junio, son los siguientes:

« 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 validez 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.»

En la resolución impugnada, la Comisión de la Competencia parte del contexto económico y del proceso de liberalización del suministro eléctrico, singularmente, se centra en las condiciones del traspaso de los clientes con menor disposición al cambio al mercado libre, que se regulan en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril y en la mencionada Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio. Y en su razonamiento, considera que el cambio de suministro a tarifa (TUR) al suministro a precio libre constituye una modificación sustancial de las condiciones económicas que resultan de aplicación, por afectar al precio, la duración y a las condiciones de terminación del contrato, tratándose en definitiva, de una modificación sustancial del contrato.

Continúa su exposición indicando que la Disposición Adicional Primera de la aludida Orden exige el consentimiento expreso de los clientes para los supuestos de cambio de suministrador, a fin de evitar el riesgo de que los clientes sean objeto de estrategias por parte de las compañías verticalmente integradas que fueren su permanencia en el seno del grupo.

Concluye su razonamiento la Comisión señalando que la conducta de ENDESA ENERGIA XXI, SL en la migración de sus clientes que transitoriamente se seguían suministrando a tarifa al suministro al precio libre, debe sujetarse a las exigencias de la Orden ITC 1659/2009. Conclusión que refuerza añadiendo que no cabe prevalecer la mención genérica del artículo 110 del Real Decreto 1955/2000 , frente a la específica de la Disposición Adicional Primera de la Orden 1659/2009, pues *« carecería de sentido que las obligaciones para las empresas fueran distintas por el hecho de que en el proceso de cambio de estos clientes intervengan personas jurídicas diferentes o una misma persona jurídica siendo esta la interpretación del texto literal de la ley conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil , su espíritu y finalidad»* .

Por su parte, la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional asume en su integridad los razonamientos de la Comisión Nacional de la Competencia y descarta la vulneración del artículo 25.1 CE que «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» plantea en su demanda como primer motivo impugnatorio, razonando que no puede considerarse una interpretación razonable de la norma el entender que podía recabarse en este caso el consentimiento tácito teniendo en cuenta el contexto jurídico-económico en el que se desarrolla la conducta (fundamento jurídico cuarto de la sentencia que hemos transcrito).

QUINTO .- Partiendo de lo anteriormente expuesto, procede examinar el motivo de casación tercero en el que se denuncia la infracción de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre , en relación con los artículos 9.3 y 25 de la Constitución , por indebida calificación de la conducta de la recurrente como infractora.

En repetidas ocasiones esta Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre conductas de Competencia Desleal. En la sentencia de 20 de abril de 2010 (RC 3337/2007) que reitera lo dicho en las precedentes 8 de marzo de 2002 (RC 8088/1997) y 20 de junio de 2006 (RC 9174/2003) dijimos que:

«Mediante el artículo 7 de la Ley 16/1989 , y sobre la base de su antecedente inmediato, el artículo 3 de la derogada Ley 110 de 1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, el legislador español dispuso que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales pudieran, en lo sucesivo, ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa como tales.

Con esta importante ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7 , comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas, cuya

respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.

La ampliación de conductas perseguibles a título de la Ley 16/1989 se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la Ley 16/1989, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991).

Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del artículo 7 de la Ley 6/1989 como, *a fortiori*, por la propia Ley 3/1991 (y en este mismo sentido, por la más reciente Ley 29/2009, de reforma de la de Competencia Desleal, ley inaplicable al caso de autos por obvias razones temporales) una dimensión pública relevante. La tutela de los intereses públicos en juego legitima, según el legislador español, la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia para reprimir conductas desleales de los empresarios que, además de serlo, afecten a aquellos intereses públicos por falsear de manera sensible la competencia en el mercado.

Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conducen a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse, a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos, por tanto, de que la expresión "actos de competencia desleal" utilizada por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes. Tras la aprobación de la Ley 3/1991, dichas conductas eran las plasmadas en la "generosa" cláusula general de su artículo 5 y en los artículos 6 a 17.

Inevitablemente la catalogación normativa de tales conductas, a efectos meramente civiles y mercantiles, ha de incorporar tipos abiertos, esto es, cláusulas generales, dada "la cambiante fenomenología de la competencia desleal", por emplear de nuevo los términos de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991. Así, por ejemplo, el artículo 5 de ésta reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y el artículo 15.2 considera desleal la "simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

Ahora bien, la imputación administrativa a título del artículo 7 de la Ley 16/1989 sólo alcanzaba 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. El tipo específico (*lex specialis*) del artículo 7 de la Ley 16/1989 era tajante en este sentido. Ulteriormente el nuevo artículo 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, vendría a sustituirlo por otro cuyo contenido permite a las autoridades administrativas castigar "los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público", nueva redacción que resulta inaplicable, también por motivos temporales, a los hechos de autos y que no es sino vuelta, en lo sustancial, a la vigente antes de la reforma de 1999.

La reforma de la Ley 16/1989 que llevó a cabo la Ley 52/1999 trató de deslindar "claramente" el ámbito de la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989: debían dichos órganos "limitarse [sic] 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".

A partir de estas premisas, no consideramos acertada la tesis de que cualquier acto de competencia desleal en que incurra una empresa con posición de dominio signifique *eo ipso*, de modo automático, la "explotación abusiva" de esa misma posición. Admitir dicha tesis sólo sería posible desde una lectura del precepto correspondiente (artículo 6) que deja en la total indeterminación su contenido. Por lo demás, significaría, entre otros resultados paradójicos, tanto como sujetar al control y represión de la Ley 16/1989 conductas aisladas u ocasionales de cualquier empresa con posición de dominio que hubiera procedido, por ejemplo, a la "contratación de extranjeros sin autorización para trabajar" (ilícito desleal a tenor del artículo 15.3 de la Ley 3/1991) o a la "adquisición de secretos por medio de espionaje" (conducta asimismo desleal a tenor del



artículo 14.3 de la Ley 3/1991), aun cuando tales actuaciones no hubieran ocasionado distorsión alguna de las condiciones de mercado.

No era este el designio del legislador al tipificar, tras la reforma de 1999, los hechos susceptibles de represión administrativa en el artículo 7 de la Ley 16/1989 , tipificación que, insistimos, sólo se producía cuando los ilícitos de deslealtad quedaran cualificados por la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público. »

SEXTO. - Como hemos expuesto, la imputación administrativa de la Comisión Nacional de la Competencia a título del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , se realiza en virtud de la normativa específica de la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Singularmente, califica la conducta desarrollada por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» como un comportamiento desleal del tipo específico del artículo 15.2 al apreciar la quiebra de la normativa sectorial, la Disposición Adicional Primera de la Orden 1659/2009, de 22 de junio.

Considera la Comisión que al no haber solicitado el consentimiento expreso a sus clientes para el cambio de las condiciones contractuales operado con ocasión de la migración al mercado libre, ENDESA ENERGIA XXI, SL ha infringido la Orden mencionada. Conclusión que se sustenta en una interpretación contextual y teleológica de la Disposición Adicional Primera de la Orden 1659/2009, de 22 de junio, en la voluntad liberalizadora de la regulación sectorial y en su finalidad de facilitar la máxima concurrencia, interpretación que es respaldada por la Abogacía del Estado en su escrito de contestación a la demanda, en el que razona que «carece de sentido que las obligaciones para las empresas sean diferentes por el hecho de que en el proceso de cambio de clientes intervengan personas jurídicas diferentes o una misma persona jurídica, aludiendo al mayor riesgo de falta de transparencia y confusión cuando el traspaso se produce en la misma empresa», concluyendo que la mantenida por la Comisión Nacional de la Competencia es «la única interpretación posible».

Pues bien, no cabe acoger dicha interpretación contextual y teleológica de la Disposición Adicional Primera de la Orden 1659/2009, de 22 de junio en el ámbito de una sanción administrativa, en la que rigen los principios del derecho sancionador entre ellos, los principios de seguridad jurídica y certeza en la configuración de los tipos infractores. Ciertamente, aun cuando las razones que expone la Comisión Nacional de la Competencia y la propia Sala de la Audiencia Nacional son sólidas y presentan su fundamento en las obligaciones que incumben a las compañías suministradoras, que tienen como finalidad asegurar la transparencia y evitar el riesgo de que los clientes sean objeto de estrategias para forzar su permanencia en un grupo empresarial por falta de información, no es menos cierto que nos hallamos ante una resolución de naturaleza sancionadora, que ha de observar de forma inexcusable y con todo su rigor la garantía material o exigencia de predeterminación normativa que integra el principio de tipicidad del artículo 25.1 CE .

Cuando el apartado 2º del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal requiere para la apreciación de una deslealtad competitiva la infracción de una norma jurídica que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial, la operación jurídica de acudir a la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009 en los términos expuestos no resulta aceptable, en la medida que parte de una interpretación extensiva de la norma sectorial que no responde a sus términos literales y no permite tener por cumplida la exigencia de seguridad y certeza de la norma . Dicho en otras palabras, la interpretación de la Orden sectorial que dota de contenido a la modalidad de conducta desleal del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal , parte de un criterio de apreciación excesivamente amplio pues excede del que puede deducirse del precepto, que se ciñe a los supuestos de cambio de suministrador. La dicción literal de la citada Disposición Adicional es clara y no permite dudas interpretativas, pues regula y trata la conformidad expresa del cliente en aquellos casos en que tiene lugar el «cambio de suministrador», que en este caso no se da, como se reconoce en la propia resolución sancionadora, que indica que no se produce el cambio de la personalidad jurídica del suministrador «puesto que ENDESA, como comercializadora de último recurso ha asumido asimismo labores de suministro de electricidad en el mercado libre».

Es cierto que la modificación contractual operada era sustancial para los clientes y que el principio de transparencia hacía aconsejable requerir el consentimiento expreso de los afectados, no obstante, desde la exclusiva óptica del derecho sancionador que aquí nos ocupa, no cabe sustentar la definición y el contenido del comportamiento desleal en una interpretación contextual de la norma sectorial que se aleja en exceso de su tenor literal. La regulación de la Disposición Adicional se refiere en exclusiva a los casos de cambio de personalidad jurídica del suministrador, elemento que no concurre, y que no es objeto de debate en el recurso.

SÉPTIMO.- La conducta imputada a «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» en lo que se refiere a la exigencia de recabar el necesario consentimiento para la modificación contractual en el paso de clientes del mercado regulado al mercado libre no puede subsumirse en las normas indicadas, ni en consecuencia, calificarse como un ilícito de comportamiento desleal por más que el contexto regulatorio y las obligaciones que pesan sobre



la sociedad recurrente puedan ser equivalentes y similares a las exigibles a aquellos supuestos en los que sí se produce el cambio de suministrador eléctrico. No cabe dicho encaje porque la interpretación extensiva no se acomoda al tenor literal de la Orden sectorial y da lugar a un resultado que atenta los principios rectores del *ius puniendi*.

La apelación al espíritu y finalidad de la norma no son suficientes para justificar la subsunción de la conducta en el tipo infractor, desde el momento que su título reza «conformidad del cliente al cambio de suministrador» dicción literal clara y taxativa que no permite introducir por vía analógica supuestos en los que no se produce el cambio subjetivo en el suministrador. El contenido material de dicha disposición se refiere de forma expresa al «cambio de suministrador», refiriendo la necesidad de consentimiento para «validar el cambio» y pudiendo la «Oficina de Cambios de Suministrador» exigir al comercializador la documentación necesaria.

El título y el contenido material de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio tan mencionada, no permiten considerar que «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» debía ajustar su conducta a la misma en la migración al libre mercado y debía solicitar consentimiento expreso de sus propios clientes en la modificación de las condiciones contractuales del suministro eléctrico. La finalidad de transparencia perseguida por las normas sectoriales o las consideraciones vertidas sobre el contexto regulatorio en el que se dicta la Orden aludida no permiten la imposición de obligaciones más allá de las previstas en la norma, ni tampoco suplir o remediar la existencia de un vacío normativo a los efectos de dotar de contenido al comportamiento desleal del artículo 15.2 mencionado.

El Tribunal Constitucional ha venido declarando que la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así se ha reconocido en la STC 207/1990, de 17 de diciembre, cuyo fundamento tercero indica que el establecimiento de dicha correspondencia «puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa», pero lo que en modo alguno puede ocurrir es que en esta apreciación se contravengan las exigencias constitucionales derivadas de la garantías formales y materiales del principio constitucional de tipicidad reconocido en el artículo 25 CE.

En consecuencia, el reproche a la conducta realizada por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)» en relación al cambio de régimen económico del suministro a precio libre de los clientes sin derecho a tarifa de último recurso (TUR), no tiene cabida en los preceptos aplicados, ni en la interpretación contextual auspiciada por el órgano de Defensa de la competencia en relación con el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

OCTAVO .- De acuerdo con las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico anterior procede estimar el recurso de casación, casando y anulando la sentencia recurrida. Y de conformidad con las razones expuestas en el mismo fundamento de derecho, se estima el recurso contencioso administrativo, declarando que la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de junio de 2012 -expediente S/304/2010- no es conforme a derecho.

No procede condena en costas, ni en instancia ni en casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **Primero**. - Que HA LUGAR al recurso de casación **198/2014** interpuesto por la representación procesal de «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)», contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 340/2012, que casamos. **Segundo**. - ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. 340/2012, interpuesto por «ENDESA ENERGÍA XXI SL (EEXXI)», y anular la resolución de 11 de junio de 2012 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/304/10 ENDESA, por no ser conforme a derecho. **Tercero**. - Sin condena en costas ni en instancia ni en casación.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.