

Roj: **STS 934/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:934**Id Cendoj: **28079130032016100082**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **04/03/2016**Nº de Recurso: **2163/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2215/2013,**
STS 934/2016

SENTENCIA

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

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados y la Excm. Sra. Magistrada relacionados al margen ha visto el presente recurso de casación con el número **2163/2013** 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 DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. (GND) y bajo la dirección Letrada de Doña Sofía García-Bragado Manen contra sentencia de fecha 30 de abril de 2013 dictada en el recurso 477/2011 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 DISTRIBUCIÓN SDG, SA, contra la Resolución del consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Gas Natural Distribución SDG, S.A., 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.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el representante legal de la entidad mercantil "Gas Natural Distribución SDG, SA" (en adelante "GND") interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2013 (rec. 477/2011) 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 extremo referido a la declaración de que GND habría infringido el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de



Funcionamiento de la Unión Europea al denegar entre julio de 2007 y mayo de 2009 el cambio de suministrador por lo que se le impuso una multa de 620.000 €.

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, fue inadmitido por Auto de la Sección Primera de este Tribunal de 21 de noviembre de 2013.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, plantea dos infracciones:

Por un lado, denuncia la infracción de los artículos 44 y ss. y art. 38 del Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre por que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de Gas Natural, al considerar que la contratación telefónica no estaba permitida antes de la entrada en vigor del RD 104/2010.

Fue el Real Decreto 104/2010 el que recoge por primera vez la posibilidad de recabar la conformidad expresa para un cambio de suministrador mediante la contratación telefónica, la cual no estaba contemplada ni permitida por el RD 1434/2002 para un cambio de comercializador por vía telefónica.

Por otro, considera vulnerados los artículos 9.3 y los artículos 128 y 129 de la Ley 30/1992 al aplicar retroactivamente la Disposición Final Primera del RD 104/2010 que modificando el artículo 44 del RD 1434/2002 introduce la modalidad de contratación telefónica. Dicha modalidad no entró en vigor hasta el 27 de febrero de 2010 mientras que la sentencia admite que se aplicase desde el 1 de agosto de 2007, lo que le lleva a considerar las denegaciones de cambio de suministrador producidas en dicho intervalo de tiempo como infracciones de la normativa cuando en realidad dichas conductas se ajustaban a la normativa entonces vigente.

y suplicando a la Sala: "[...] tenga por comparecida a esta parte y por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2013 dictada en el procedimiento contencioso-administrativo ordinario nº 00477/2011, declarándola nula de pleno derecho, o, en su caso revocada".

CUARTO.- Con fecha 18 de septiembre 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 Distribución SDG, S.A.

Evacuado dicho trámite la Sala dictó Auto de fecha 21 de noviembre de 2015, en el que se acuerda: "Inadmitir el motivo primero del recurso de casación nº **2163/2013** interpuesto por la representación procesal de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. contra la sentencia de 30 de abril de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso nº 477/2011, así como admitir el motivo segundo del referido recurso. Y para la substanciación del recurso, en la parte que se admite, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala de conformidad con las reglas de reparto de asuntos."

QUINTO.- 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, conformando la Sentencia recurrida en todos sus extremos, con imposición de costas a la parte recurrente".

Por su parte El Abogado del Estado, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "[...] dicte sentencia por la que lo desestime con confirmación de la sentencia recurrida".

SEXTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas 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 el representante legal de la entidad mercantil "Gas Natural Distribución SDG, SA" (en adelante "GND") se impugna la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2013 (rec. 477/2011) 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 declaró que GND habría infringido el artículo 2 de la Ley de



Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al denegar entre julio de 2007 y mayo de 2009 el cambio de suministrador. Se impuso a dicha entidad una multa de 620.000 €.

SEGUNDO . Inadmisión.

La entidad Iberdrola SA se opone a la admisión del segundo motivo de casación por entender que el recurrente reitera en este motivo los mismos argumentos jurídicos empleados en el fundamento jurídico primero, al que de hecho se remite. Y si dicho motivo fue inadmitido por entender el Tribunal Supremo que en un mismo motivo no puede basarse en varios apartados del artículo 88.1 de la LJ , tampoco es posible tomar en consideración estos mismos argumentos cuando los reitera el motivo segundo.

La inadmisión debe rechazarse. Las razones en las que el Auto de la Sección Primera de 21 de noviembre de 2013 sustentó la inadmisión del primer motivo de casación fue el desajuste entre la causa invocada y la argumentación en que se sustentaba este motivo, pues pese a que se planteaba al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , argumentaba, en realidad, un error "*in iudicando* " que debería haberse planteado al amparo del art. 88.1.d) y cuando la parte en su escrito de alegaciones afirmó que el motivo estaba bien planteado sin perjuicio de que también se denunciara en el mismo motivo infracciones sustantivas al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , el referido Auto le recordó el desviado planteamiento de dicho motivo y la imposibilidad de confundir en un mismo motivo argumentos incardinables en dos apartados distintos y por vicios de diferente naturaleza y significación.

Tal reproche no es posible trasladarlo al motivo segundo que, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia diversas infracciones de normas sustantivas por lo que se encuentra correctamente formulado sin confundir ni mezclar en el mismo motivo argumentos correspondiente a vicios incardinables en dos apartados diferentes.

Se rechaza la causa de inadmisión.

TERCERO . Hechos relevantes.

No existe controversia respecto de los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción, que pueden sintetizarse en los siguientes:

- El 19 de junio de 2007 Iberdrola remitió a Gas Natural Distribución una solicitud de acceso para 399 clientes afirmando que habían efectuado la contratación telefónica del servicio, y adjuntaba, en soporte electrónico, las grabaciones sonoras del consentimiento verbal manifestado telefónicamente por los clientes.
- El 11 de julio de 2007 Gas Natural Distribución denegó las solicitudes de acceso realizadas por Iberdrola " por cuanto de las cintas de grabaciones sonoras remitidas no se garantiza la autenticidad, ni la identificación fiable del peticionario del acceso, ni la integridad del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, como requiere el artículo 5.2 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre ".
- El 2 de agosto de 2007, Iberdrola remitió un escrito a Gas Natural Distribución en el que rebatía los argumentos esgrimidos por ésta en su carta de 11 de julio y solicitaba nuevamente el acceso para esos clientes que habían efectuado la contratación telefónica del servicio, adjuntando las grabaciones sonoras en soporte electrónico.
- El 21 de octubre de 2007, Gas Natural Distribución denegó las solicitudes de acceso realizadas por Iberdrola apoyándose en el informe emitido por la Comisión Nacional de Energía, el 13 de septiembre de 2007, denominado "Informe sobre los escritos de IBERDROLA solicitando se requiera a GAS NATURAL para que se tramite las solicitudes de cambio de suministrador, y la determinación de la validez de la grabación sonora del consentimiento del cliente a la contratación del suministro de Gas Natural" en el que se concluía que "el consentimiento verbal del consumidor no está contemplado actualmente en los procedimientos de cambio de suministrador de la normativa gasista".
- El 27 de mayo de 2009, Iberdrola remitió correo electrónico a Gas Natural Distribución adjuntando las grabaciones con la autorización del cliente para solicitar el cambio de comercializador, que procederían solicitar posteriormente a través del SCTD (Sistema de Comunicación Transporte-Distribución).
- El 29 de mayo de 2009, Gas Natural Distribución denegó las solicitudes de acceso realizadas por Iberdrola con los mismos argumentos esgrimidos en julio de 2007. Adjuntaron, además, el informe emitido por la Comisión Nacional de Energía, el 8 de mayo de 2008, denominado "*Informe de contestación al escrito de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. sobre el procedimiento de cambio de suministrador de Gas Natural*".
- Gas Natural Distribución remitió a Iberdrola un escrito en el que le informaba de que procedería a la anulación de todas las solicitudes aceptadas a las que no se hubiera acompañado ninguna documentación ni grabación telefónica.



- Con fecha 18 de marzo de 2010, Gas Natural Distribución remitió a Iberdrola escrito en el que informaba de que, a partir de la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del Gas Natural (27 de febrero de 2010), "las empresas distribuidoras del grupo GAS NATURAL atenderán las solicitudes de cambio de suministrador que le dirijan en las condiciones reglamentariamente establecidas, con tal que a la misma se acompañe en soporte electrónico la documentación o grabación telefónica que acredite que ustedes cuentan con la voluntad inequívoca del cliente para solicitar el cambio [...]".

CUARTO. Sobre la evolución normativa experimentada en la contratación telefónica para el cambio de compañía suministradora en el mercado del gas.

La entidad recurrente denuncia la infracción de los artículos 44 y ss. y del art. 38 del Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre por que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de Gas Natural, al considerar que la contratación telefónica no estaba permitida antes de la entrada en vigor del RD 104/2010, por entender que fue esta norma la que por primera vez recoge la posibilidad de recabar la conformidad expresa para un cambio de suministrador mediante la contratación telefónica, posibilidad que, a su juicio, no estaba contemplada ni permitida por el RD 1434/2002.

Así mismo, considera vulnerados los artículos 9.3 y los artículos 128 y 129 de la Ley 30/1992 por entender que la sentencia aplica retroactivamente la Disposición Final Primera del RD 104/2010 que, modificando el artículo 44 del RD 1434/2002, introduce la modalidad de contratación telefónica. La sentencia impugnada admite, sin embargo, su aplicación desde el 1 de agosto de 2007, lo que le lleva a considerar las denegaciones de cambio de suministrador producidas en dicho intervalo de tiempo como infracciones de la normativa cuando en realidad dichas conductas se ajustaban a la normativa entonces vigente.

Tanto la entidad Iberdrola SA como el Abogado del Estado sostienen, sin embargo, que la acreditación de la conformidad del cliente mediante cualquier medio admitido en derecho (particularmente mediante la entrega de las grabaciones telefónicas correspondientes en el caso de contratación telefónica) estaba admitida desde la redacción inicial del Real Decreto 1434/2002 y sin duda alguna desde la aprobación de la Orden ITC/2039/2007.

El núcleo central de la controversia se centra, por tanto, en determinar si, conforme a la normativa entonces vigente, el usuario podía proceder al cambio de la compañía suministradora del gas por vía telefónica, y muy especialmente si la grabación en soporte electrónico de la conversación telefónica en la que constase el consentimiento prestado por el usuario para el cambio de compañía suministradora obligaba a acceder al cambio solicitado. Sin olvidar que el análisis de dicha normativa tiene por objeto determinar si se cometió una infracción en materia de defensa de la competencia y, consecuentemente, la conformidad a derecho de la sanción impuesta por entender que existió un abuso de posición de dominio, infringiendo los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, "al haber denegado a IBERDROLA de forma injustificada el acceso a sus redes de distribución" las solicitudes de cambio de suministrador obstaculizando dicho cambio.

El periodo tomado en consideración por la resolución sancionadora, al que debe referirse nuestro pronunciamiento es el comprendido entre el 11 julio de 2007 (fecha en que por vez primera Gas Natural denegó las solicitudes de acceso realizadas por Iberdrola) y mayo de 2009 (fecha en que se denegó el último requerimiento en tal sentido).

Todas las partes coinciden en señalar que desde la entrada en vigor del Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero resultaba admisible la contratación telefónica y el consentimiento prestado telefónicamente para el cambio de suministrador. De hecho, el 18 de marzo de 2010 Gas Natural entendió que tras la entrada en vigor del Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero era posible acceder a las solicitudes de cambio de suministrador que fueran acompañadas en soporte electrónico de la grabación telefónica que acreditase la voluntad inequívoca del cliente para solicitar dicho cambio. Y ello en virtud de la previsión contenida en la Disposición Final Primera del Real Decreto 104/2010 en el que se modificó el art. 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, añadiendo el apartado 6 con la siguiente redacción: "6. En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.



El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el 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 asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

La contienda se centra, por tanto, en determinar si entre el periodo temporal que media desde la entrada en vigor del Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre hasta el Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero, era suficiente la grabación telefónica del consentimiento prestado por el usuario para el cambio de compañía suministradora. Durante este lapso temporal dos son las normas que es preciso tomar en consideración: el Real Decreto 1434/2002 y la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/2309/2007.

El artículo 38 del Real Decreto 1434/2002 exigía que los suministros por terceros en el mercado liberalizado requería un contrato por escrito entre una empresa comercializadora debidamente autorizada y el consumidor, y el artículo 44 de dicha norma, referido al cambio de suministrador, disponía que "1. Cualquier consumidor con suministro de Gas Natural y que tenga la consideración de cualificado podrá solicitar, por sí mismo o mediante la empresa comercializadora que vaya a suministrarle, un cambio de suministrador" añadiendo su apartado segundo que las solicitudes de cambios de suministrador deberán recoger al menos la información siguiente: a) Fecha de la solicitud o comunicación; b) Identificación del consumidor: CIF/NIF del cliente, nombre, domicilio; c) Identificación del punto de suministro; d) Conformidad del cliente con el cambio de suministrador; e) Empresa que está realizando el suministro, entre otra.

Nada se disponía en dicha norma en torno a la posibilidad de acreditar la identidad del cliente y su conformidad con el cambio de suministro mediante una grabación telefónica, medio que si bien presentaba indudables ventajas para el usuario y fomento del cambio de compañía, con el consiguiente incremento de la competencia en el sector, representaba dificultades para acreditar la autenticidad de la identidad del usuario y la conformidad prestada por una grabación telefónica. Debe añadirse que el art. 43 del RD 1434/2002 al regular el sistema de intercambio de información para la gestión del cambio de suministrador señalaba que si bien las empresas distribuidoras dispondrán como soporte del sistema de intercambio de información de una base de datos que permitía hacer efectivo el cambio de suministrador, para poder acceder a la información referida a los datos del consumidor se exigía una "autorización expresa y por escrito del consumidor".

Es cierto que en ese momento estaba vigente el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. En dicha norma, y por lo que respecta a la carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato, se admitía "[...] cualquier documento que contenga la citada información aun cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos" pero a continuación añadía "siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable". Es más, para los casos de contratación electrónica exigía utilizar un mecanismo que garantizase la autenticidad del firmante, añadiendo "Para ello, en los casos de contratación electrónica, deberá utilizarse una firma electrónica avanzada que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. En estos casos, al documento electrónico se acompañará una consignación de fecha y hora de remisión y recepción, en su caso". Es por ello que tampoco esta previsión legal permitía entender que el mero consentimiento telefónico del usuario para el cambio de compañía suministradora fuera suficiente para garantizar la autenticidad de la voluntad del usuario.

Es por ello que conforme a la normativa vigente en julio de 2007 (fecha en la que GND se negó al cambio de suministro solicitado) no se preveía el consentimiento verbal del consumidor para el cambio de suministro y podía razonablemente interpretarse que la grabación telefónica no garantizaba la identificación fiable del peticionario y la autenticidad del consentimiento prestado a los efectos de acceder al cambio del suministrador. Es más, la propia CNE, en su informe de 13 de septiembre de 2007 emitido a instancia de Iberdrola en el que se solicitaba que determinase la validez de la grabación sonora del consentimiento del cliente a la contratación del suministro de Gas Natural y su conformidad para el cambio de suministrador, concluía que "el consentimiento verbal del consumidor al cambio de suministrador (contratación telefónica) no está contemplado actualmente en los procedimientos de cambio de suministrador de la normativa gasista, recogidos en el Real Decreto 1434/2002". Y la propia sentencia de instancia expresa sus dudas al respecto afirmando "Es cierto, y así lo reconoce la propia resolución de la CNC y el informe de la CNE de 23 de julio de 2010, que la normativa vigente a la fecha de la primera denegación (22 de julio de 2007) suscitaba alguna duda".



De modo que en el mes de julio de 2007, momento en el que se materializó la primera negativa para acceder al cambio de usuario, la decisión de GND podía entenderse amparada en la normativa entonces vigente, por lo que no existía base legal suficiente para poder sancionar esta conducta como constitutiva de una infracción del art. 2 de la LDC ya que no podía interpretarse como una "negativa injustificada" constitutiva de una práctica abusiva contraria a la competencia.

QUINTO. Sobre la validez del consentimiento telefónico del usuario para el cambio de empresa suministradora tras la entrada en vigor de la Orden ITC/2309/2007.

La empresa recurrente persistió en su negativa en acceder al cambio de usuarios solicitados en dos momentos posteriores (octubre de 2007 y mayo de 2009), fecha en el que se había producido un cambio normativo con la aprobación de la Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de Gas Natural, que entró en vigor el 1 de agosto de 2007.

Tanto la resolución administrativa sancionadora como la sentencia de instancia, consideran que la entrada en vigor de la Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio altera la situación jurídica de forma significativa, lo que debería haber motivado que Gas Natural accediese al requerimiento y su negativa se interpreta como una obstaculización al proceso de cambio de suministrador carente de justificación objetiva.

La sentencia impugnada basa esta conclusión en varios argumentos que pueden sintetizarse en los siguientes: a) el tenor literal de la Disposición Adicional Primera de la Orden; b) la interpretación sistemática de dicho precepto en relación con la Disposición Transitoria; c) el carácter interpretativo que debe darse al RD 104/2010, entendiéndose que la introducción de la posibilidad de la contratación telefónica como forma de manifestación de la voluntad para el cambio de suministrador no implica un cambio de criterio ni una innovación normativa sino la correcta interpretación que debía darse al RD 104/2010 y a la Orden ITC/2309/2009.

Analizaremos tales argumentos por separado.

El tenor literal de la Disposición Adicional Primera, bajo la rúbrica "*Conformidad del cliente al cambio de suministrador*", afirma que "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, a los efectos de lo previsto en el art. 44.2.d) del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de Gas Natural.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el 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 asegurar la adecuada aplicación del proceso".

Esta previsión normativa al disponer que, a los efectos del 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" y que "a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente" no despejaba las dudas la posibilidad de introducir en esta materia la válida presentación del consentimiento por vía telefónica, como posteriormente se incluyó de forma expresa en el art. 44.6 en la redacción proporcionada por el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, ni de si la mera grabación de una conversación telefónica en un CD, en el que se identificase de forma oral una persona, podría ser suficiente para entender que ello serviría para garantizar la identidad del mismo y su voluntad inequívoca de cambio de suministrador, pues la referencia al traslado en soporte electrónico no implica que el contenido de lo reflejado en ese soporte pudiera ser una conversación telefónica manifestando su voluntad de cambiar de compañía suministradora. Es cierto que esta confusión podría también propiciar la interpretación contraria, pero esta indefinición, que también se refleja en el informe emitido por la Comisión nacional de la Energía, de 8 de mayo de 2008, no constituye una base jurídica suficientemente clara cuyo incumplimiento pueda ser sancionado como una conducta abusiva contraria a la competencia que careciese de justificación.

Es cierto que el Director General de Política energética, el 10 de octubre de 2007 emitió una especie de "comunicado" en el que consideraba que desde la entrada en vigor de la Orden ITC/2309/2007 "[...] se entenderá que un cliente ha dado su conformidad expresa para realizar un cambio de suministrador siempre que ésta se acredite por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo", incluyendo la "contratación telefónica o electrónica", por remisión a lo dispuesto en el Real Decreto 1906/1999. Pero este "comunicado" al margen de carecer de fuerza vinculante por no ser una decisión o resolución ni constituir



la interpretación última de las normas aplicables, se remitía, en último término a las previsiones del Real Decreto 1906/1999 que ya hemos analizado anteriormente, por lo que tampoco podía considerarse que dicha comunicación situara a la empresa recurrente en una situación objetiva de desobediencia o abuso, susceptible de ser sancionada, al permitir, de forma razonable, una interpretación contraria.

La sentencia, en segundo lugar, argumenta que también es posible entender que la conducta era sancionable en una interpretación sistemática de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Primera y la Disposición Transitoria de la Orden ITC/2309/2009, afirmando en tal sentido que "la expresa mención de la exigencia escrita en la segunda (transitoria) debe entenderse expresamente omitida de la primera (adicional 1ª)".

Tampoco compartimos este argumento como sustento suficiente en el que fundar una exigencia normativa cuyo incumplimiento pueda ser sancionado. Las situaciones contempladas en uno y otro precepto no guardan similitud alguna, pues mientras que la Disposición Adicional Primera aparece referida a la conformidad del cliente para el cambio de suministrador entre dos compañías diferentes, en el supuesto contemplado en la Disposición Transitoria aparece referido al traspaso de clientes dentro de compañías del mismo grupo empresarial por el cambio de tarifa aplicable, exigiendo en este último caso que la empresa comercializadora disponga del consentimiento expreso y por escrito del cliente. La previsión legal contenida en la Disposición Transitoria de la Orden exige un soporte documental de la voluntad del cliente para el cambio de tarifa en similares términos a la previsión contenida en la Disposición Adicional primera cuando exige que "El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor". Es en este extremo en donde ambas previsiones son asimilables, llegando a la misma solución pues en ambas se exige el soporte documental necesario para acreditar la voluntad del cliente para cambiar de suministrador, donde se apartan ambas previsiones es las exigencias referidas a la comunicación a un tercero de esa voluntad de cambio, contenida en la Disposición Adicional pero ausente en la Disposición Transitoria, y ello es lógico porque en este último caso el cambio opera entre dos empresas del mismo grupo empresarial, por lo que la interpretación sistemática de las previsiones contenidas en ambos preceptos no resultaba posible con el alcance pretendido en la sentencia de instancia.

Finalmente, la sentencia argumenta que el Real Decreto 104/2010, y las modificaciones que introduce en relación con el cambio de suministrador, tienen carácter retroactivo propio de las normas meramente interpretativas, pues no existe innovación sino mera aclaración "según se desprende de la explícita voluntad del legislador" contenida en la Exposición de Motivos de dicha norma.

Conviene empezar por precisar que es cierto que la Exposición de Motivos del RD 104/2010 afirma el carácter interpretativo de sus previsiones, afirmando que "[...] la disposición final primera (sirve) para puntualizar las formas de constatación de la conformidad del cliente al cambio de suministrador" y "Esta modificación no supone un cambio de criterio ni una innovación normativa, simplemente pretende garantizar la correcta aplicación de los mecanismos ya previstos en el citado Real Decreto así como en la Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso, todo ello con el fin de hacer efectivo el cambio de suministrador".

Dicha exposición no refleja, como sostiene la sentencia impugnada, la "voluntad del legislador", al tratarse de una norma de rango reglamentario dictada por el Gobierno, en concreto por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. Pero, con independencia de ello la aclaración pretendida por esta norma evidencia las dudas interpretativas hasta entonces existentes, lo que corroboraría la imposibilidad de sancionar una conducta afirmando que es una conducta contraria a la competencia que pudiera calificarse de "injustificada".

No debe olvidarse que cuando se quiere dotar de carácter retroactivo a las normas interpretativas, en cuanto pretenden mantener su vigencia desde la fecha de vigencia de la norma interpretada, se incurre en un contrasentido, pues si la norma anterior ha necesitado de interpretación, ello implica reconocer que no era seguro alcance de la norma anterior hasta que no fue interpretada. Y este pretendido efecto retroactivo no puede servir como fundamento para sancionar una conducta anterior a dicha norma por entender que conforme a la normativa anterior, debidamente interpretada a la luz de la norma posterior, ya era sancionable, pues ello implicaría conceder eficacia retroactiva de una norma sancionadora, posibilidad expresamente vedada en el art. 9.3 de la CE y 128 de la Ley 30/1992.

Por todo ello, procede estimar el recurso de casación anulando la sentencia de instancia y la resolución administrativa que impuso la sanción

SEXTO . Costas.



Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas ni este recurso ni en la instancia al apreciarse, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ, serias dudas de derecho en torno a la correcta interpretación y aplicación de la normativa vigente y el alcance de la misma a los efectos de imponer la sanción impugnada.

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por "Gas Natural Distribución SDG, SA" (en adelante "GND") contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2013 (rec. 477/2011) que se casa y anula.

SEGUNDO.- Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Gas Natural Distribución SDG, SA" la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011 en relación con la infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que se le impuso una multa de 620.000 €. Se anula la resolución administrativa.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

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^a. 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.