

Id. Cendoj: 28079230062013100207
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 29/04/2013
Nº de Recurso: 476/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Sanción Gas Natural por la realización entre mayo y septiembre de 2009 una campaña de información a sus clientes, desleal con sus competidores.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de abril de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 476/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **GAS NATURAL COMERCIAL SDG SL** representada por el Procurador de los Tribunales D. Luís Fernando Álvarez Wise 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. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha intervenido como codemandado Iberdrola SA representada por la Procuradora D^o Teresa Uceda Blasco. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Comisión Nacional de la Competencia dictó el 29 de julio de 2011 resolución en el expediente sancionador S/0184/09 GAS NATURAL cuya parte dispositiva establece:

1. Declarar que Gas Natural Distribución ha infringido el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE , al denegar entre julio de 2007 y mayo de 2009 solicitudes de cambio de suministrador obstaculizando dicho cambio.
2. Declarar que Gas Natural Comercial ha infringido el artículo 3 de la LDC al realizar entre mayo y septiembre de 2009 una campaña de información a sus clientes, desleal

con sus competidores.

3. Sancionar a Gas Natural Distribución con una multa de 620.000 EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Primero de esta Resolución.

4. Sancionar a Gas Natural Comercial con una multa de 2.650.000 EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Segundo de esta Resolución.

5. Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 20 de septiembre de 2011 contra la citada resolución ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 12 de mayo de 2012 solicitó *"dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso, declare no ser conforme a derecho la resolución de 29 de julio de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia por el cual se sanciona a GNC con una multa de 2.650.000 euros y se deje la misma sin efecto, o subsidiariamente, se imponga a GNC sanción en su grado e importe mínimo"*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 2 de julio de 2012, así como Iberdrola mediante escrito de 19 de octubre de 2012. Presentadas conclusiones por las partes, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 28 de febrero de 2013 lo que se efectuó para el 16 de abril de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es 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 exclusivamente en los pronunciamientos que afectan a la recurrente Gas Natural Comercial.

La sanción impuesta a Gas Natural Distribución por abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) en la misma resolución de la CNC aquí impugnada es objeto de otro recurso contencioso-administrativo que ha sido turnado a esta sección (6/477/2011) y señalado para votación y fallo en la misma fecha.

El acto impugnado por tanto es la resolución de la CNC en la parte que declara que Gas Natural Comercial ha infringido el artículo 3 de la LDC por la realización entre mayo y septiembre de 2009 de una campaña de información a sus clientes, desleal con sus competidores y acuerda imponer como sanción una multa de 2.650.000 euros.

El artículo 3 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia declara que *"La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público."*

La campaña de información consistió en enviar en ese período a sus consumidores domésticos tarifas T1 y T2 (el número de envíos fue aproximadamente 5 millones) una carta, 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 mas de 11 millones de clientes satisfechos, como usted, y mas de 1, 5 millones que confían en nuestro servicios de mantenimiento."

La CNC en la resolución recurrida (párrafo 58 de los antecedentes de hecho) reproduce sólo parcialmente esta carta ya que omite el último párrafo y las 4 precauciones que se recomiendan en la misma carta.

SEGUNDO : Al objeto de fundamentar el recurso realiza el recurrente las siguientes alegaciones:

1. La conducta de GNC estaba justificada por la necesidad de alertar a todos los

clientes sobre las constantes irregularidades y actuaciones fraudulentas cometidas por terceros señalando que durante el 2008, 2009 e incluso 2010 la compañía recibió numerosas quejas de clientes por las cuales manifestaban su malestar por prácticas de una serie de agentes comerciales consistentes en el cambio de suministrador del cliente mediante engaño y terceros que decían actuar en nombre de gas Natural para realizar falsas inspecciones de gas. Las quejas llegaron incluso a publicarse en algunos medios de comunicación.

2. Las precauciones recomendadas en la comunicación masiva son muy similares a las recomendaciones propuestas en la guía para consumidores de gas y electricidad publicada por el organismo independiente del Reino Unido Energywatch.

3. No es correcta la valoración que realiza la CNC de la comunicación referida a la falta de relación de causalidad entre las quejas de los clientes y la comunicación de GNC, las supuestas descalificaciones de GNC a sus competidores, la falta de veracidad, el supuesto mensaje peyorativo respecto del cambio de suministrador y descalificación y denigración de los competidores.

4. Falta de proporcionalidad de la sanción ya que en ningún momento ha existido intención de infringir la normativa en materia de derecho de la competencia, ha colaborado con la CNC en la instrucción del procedimiento, facilitando toda la información que le ha sido requerida por lo que debe aplicarse una atenuante.

TERCERO: Se quiere precisar que no se sanciona a Gas Natural Comercial (GNC) por el hecho de que haya enviado una carta a sus clientes ni tan siquiera se le reprocha que comunique a sus clientes las 4 concretas precauciones que deben tomar ante las visitas a su domicilio de terceros ya que como señala el recurrente son muy similares a las recomendaciones propuestas en la guía para consumidores de gas y electricidad publicada por el organismo independiente del Reino Unido Energywatch sino que lo que reprocha es principalmente el contenido ya 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 hecho la resolución recurrida al reproducir en el apartado 59 de los antecedentes de hecho el contenido de la carta remitida por GNC a sus clientes omite reproducir las 4 precauciones que debe tomar el consumidor y que son similares a las de la guía de Energywatch ya que se limita a reproducir aquellos párrafos que incluyen afirmaciones que son aptas para menoscabar el crédito de compañías competidoras ante los consumidores apelando a los riesgos que puede comportar el cambio de suministrador de un servicio básico como el gas. Así de la lectura de esos párrafos de la carta y la fecha de su emisión tal como entiende la CNC resulta 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 LDC 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.

CUARTO : En cuanto al importe de la sanción. Conforme al artículo 63 Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia , la sanción que se puede imponer por la comisión de esta infracción grave es el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

La CNC tiene en cuenta que el mercado afectado es el mercado de suministro minorista de gas natural en el que la cuota de mercado del grupo GAS NATURAL FENOSA en diciembre de 2009 fue del 37% en términos de energía y 72,17% de número de clientes, ocupando el primer lugar. En cuanto al alcance de la infracción se tiene en cuenta que la carta fue enviada a 5 millones de clientes y que la campaña estuvo activa desde el 15 de mayo de 2009 hasta el 15 de septiembre de 2009 y que el efecto fue que un determinado número de consumidores se vieron incentivados, tras la recepción de la carta a permanecer con el suministro de las empresas del grupo gas

natural siendo el beneficiario el grupo Gas Natural ya que esta conducta consigue reforzar la posición del grupo en el mercado de suministro minorista de gas natural, evitando la pérdida de clientes a favor de otras comercializadoras.

La CNC para calcular el importe de la sanción parte del número de consumidores predisuestos al cambio que serían los afectados por la conducta y que cifra en 100.000 partiendo de la tendencia de cambio de suministrador que muestran los informes de la CNC y los clientes mensuales del grupo Gas Natural desde octubre de 2008 hasta octubre de 2009. Se tiene en cuenta el consumo medio en 2009 de un cliente doméstico y el precio de la energía pagado por ese consumidor que multiplicado por el número de consumidores afectados (100.000) se llega a que el volumen afectado alcanzaría los 53.000.000 euros. Sobre ese importe se impone una sanción del 5%.

En relación al importe de la multa considera el recurrente que la misma no es proporcionada y debe imponerse en su grado mínimo ya que a) no ha existido intención de infringir la normativa en materia de derecho de la competencia b) que ha colaborado con la CNC proporcionando toda la información que le ha sido requerida.

En cuanto a la falta de intencionalidad no se aprecia teniendo en cuenta 1) el momento elegido para el envío en fecha no muy próxima a las irregularidades denunciadas y en un momento de reciente liberalización del mercado y coincidiendo con la realización de otras prácticas anticompetitivas de otras empresas del mismo grupo empresarial Gas Natural tendentes a obstaculizar la entrada de competidores en el mercado de la comercialización del gas natural 2) el contenido de la carta que confunde al consumidor e introduce dudas sobre la prestación de servicios de distribución en caso de cambio de suministrador 3) el hecho de que el emisor de la carta ha sido el incumbente en el mercado y debe conocer que debe actuar con extrema precaución y cautela a la hora de realizar advertencias a sus clientes teniendo en cuenta la reciente liberalización del mercado.

En cuanto a la aplicación de 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"*.

QUINTO: 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.

SEXTO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso sin que sea procedente la imposición de costas al no apreciarse temeridad o mala fe conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa en la redacción anterior a la Ley 37/2011 de 10 de octubre, vigente en la fecha de interposición del presente recurso.

FALLAMOS

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 **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 se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.