

**Id. Cendoj:** 28079230062013100260  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 30/04/2013  
**Nº de Recurso:** 477/2011  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

SANCION DE MULTA.

**Idioma:**

Español

---

**SENTENCIA**

Madrid, a treinta de abril de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 447/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la **Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese**, en nombre y representación de **GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG, SA**, contra Resolución de fecha 29 de julio 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **sanción por infracción de la Ley de Defensa de Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo **codemandado IBERDROLA**, entidad representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Teresa Uceda Blasco.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte actora interpuso, en fecha 20 de septiembre de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

**"SUPlico A LA SALA** que, teniendo por presentado este escrito acompañado con el expediente administrativo, se sirva admitirlos, uniéndolo al Procedimiento Ordinario 477/2011, tenga por deducida la Demanda en nombre de mi representada, entregándose copia a las demás partes personadas y, previos los demás trámites legales, en su día 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 GND con una multa de 620.000 euros y se deje la misma sin efecto o, subsidiariamente, se imponga a GND sanción en su grado e importe mínimo."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"sentencia desestimatoria con expresa condena en costas a la recurrente"*

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 24 de abril de 2012 se dió traslado a la codemandada IBERDROLA, para que contestaran la demanda, lo que hizo en tiempo y forma la entidad representada por la Procuradora representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Teresa Uceda Blasco; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

**"SUPLICO A LA SALA** que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por formalizado escrito de CONTESTACIÓN A LA DEMANDA y, en su mérito, previos los trámites procesales oportunos, acuerde desestimar el presente Recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011, en el Expediente S/0184/09, con imposición de costas a la actora."

3. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, las partes presentaron escritos de conclusiones, en los que se reiteraron en sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente mediante providencia de fecha 8 de abril de 2013, se señaló para votación y fallo el día 16 de abril de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

1. Es objeto de impugnación la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011, dictada en el expediente sancionador S/0184/09, *GAS NATURAL*, en cuya parte dispositiva, por lo que aquí interesa, establece:

*"Primero.- 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.*

*Tercero.- Sancionar GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN con una multa de SEISCIENTOS VEINTE MIL EUROS por la infracción declarada en el Resuelve Primero de esta Resolución..."*

En la propia Resolución se impone también a la recurrente otra sanción de multa de DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS por la infracción que también se declara del artículo 3 de la LDC en relación con una campaña de información a sus clientes, desleal con sus competidores y que es objeto de otro recurso contencioso-administrativo (476/2011).

La sanción impuesta a la actora por abuso de posición dominante a que se refiere el presente recurso resulta de la conducta que le es imputada consistente en denegar las solicitudes de cambio de suministrador formuladas por IBERDROLA durante el período que discurre de julio de 2007 a mayo de 2009.

2. La resolución impugnada contiene una extensa y prolija relación de hechos probados, trasunto de los contenidos en la Propuesta de Resolución que la Dirección de Investigación elevara al Consejo de la CNC (páginas 5 a 18) de los que interesa destacar los referentes propiamente a la conducta imputada (páginas 9 a 14) en los siguientes términos:

**"1. GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA con consentimiento verbal del cliente recabado telefónicamente.**

*(39) GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA, en las que se daba traslado en formato electrónico del consentimiento verbal del cliente recabado telefónicamente, en tres ocasiones: julio de 2007, octubre de 2007 y mayo de 2009.*

#### *1.1 Julio de 2007*

*(40) El 19 de junio de 2007, IBERDROLA remitió un escrito a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN en el que solicitaba el acceso para 399 clientes que habían efectuado la contratación telefónica del servicio. Adjuntaban, asimismo, en soporte electrónico, las grabaciones sonoras del consentimiento verbal manifestado telefónicamente por los clientes (folios 160 a 167).*

*(41) 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 ." Además, procede a la devolución de los CD remitidos, "por cuanto GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, SA no dispone de autorización de los consumidores para tratar los mismos lo cual podría vulnerar la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal." (folio 202).*

#### *1.2 Octubre de 2007*

*(42) 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 (folios 256 a 258).*

*(43) El 21 de octubre de 2007, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN denegó las solicitudes de acceso realizadas por IBERDROLA (folio 275) ya que, de acuerdo con 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" (folios 261 a 273), "el consentimiento*

verbal del consumidor no está contemplado actualmente en los procedimientos de cambio de suministrador de la normativa gasista".

### 1.3 Mayo de 2009

(44) 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 a solicitar posteriormente a través del SCTD (Sistema de Comunicación Transporte-Distribución) (folios 318 a 320).

(45) 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 (folios 322 a 324). 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" (folios 288 a 316).

**2. 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 .**

(46) 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 [...]" (folio 507).

(47) En la misma carta, se añadía lo siguiente (negrita y subrayado añadido):

"Adicionalmente, ponemos en su conocimiento que vamos a proceder a anular todas las solicitudes aceptadas , tanto antes como después de la entrada en vigor de ese cambio normativo, a las que no se haya acompañado ninguna documentación ni grabación telefónica, a menos que nos haga llegar uno u otro soporte en el plazo de cinco días."

**3. La Comisión Nacional de Energía (CNE) emitió sendos informes sobre las consultas presentadas por IBERDROLA y GAS NATURAL, respectivamente .**

(48) Con fecha 10 de julio de 2007, IBERDROLA remitió escrito a la CNE solicitándole que requiriera a GAS NATURAL para que tramitara debidamente las solicitudes de cambio de suministrador remitidas por IBERDROLA, y que tomara las medidas oportunas, en el caso de que se apreciara la existencia de una actuación infractora de la normativa aplicable a los cambios de suministrador (folios 178 a 185).

(49) Con la misma fecha, IBERDROLA remitió un segundo escrito a la CNE en el que solicitaba que determinara la validez de la grabación sonora del consentimiento del cliente a la contratación del suministro de gas natural y su conformidad con el cambio de suministrador, manifestado telefónicamente (folios 187 a 200).

(50) El 13 de septiembre de 2007, la CNE emitió el informe 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" (folios 260 a 273). En este informe concluía lo siguiente:

"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.

No obstante, esta Comisión opina que la implantación de este procedimiento permitiría agilizar y reducir significativamente los costes administrativos de cambio de suministrador, y por lo tanto, contribuiría a mejorar el grado de competencia en el mercado minorista. [...] "

(51) Por su parte, el 26 de noviembre de 2007, GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN informó a IBERDROLA acerca de la consulta que había presentado ante la CNE, como el "organismo a quien en última instancia corresponde pronunciarse sobre los conflictos que se planteen en relación a la denegación de los cambios de suministrador" (folio 282).

(52) El 8 de mayo de 2008, la CNE emitió un informe denominado "Informe de contestación al escrito de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. sobre el procedimiento de cambio de suministrador de gas natural" (folios 288 a 316). En él concluía lo siguiente:

"[...] sin perjuicio de que la empresa comercializadora sea responsable de custodiar las pruebas acreditativas de la conformidad del cliente, y de que se indique esta circunstancia en la solicitud de cambio de suministrador, deberá remitirse -en soporte papel o electrónico- tal voluntad inequívoca del cliente."

#### **4. La Dirección General de Política Energética y Minas remitió una comunicación a los distribuidores de gas natural y a SEDIGAS.**

(53) Con fecha 15 de octubre de 2007, el Subdirector General de Hidrocarburos remitió a la Asociación Española del Gas (SEDIGAS) copia de la comunicación de la Dirección General de Política Energética y Minas, dirigida a los distribuidores de gas natural y a SEDIGAS (folios 277 y 278).

(54) En dicha carta se informa de que "se entenderá que un cliente ha dado su conformidad expresa para realizar un cambio de suministrador siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. Esto incluye tanto la contratación convencional por escrito, como las nuevas modalidades de contratación telefónica o 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 artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación."

#### **5. Se aprobó el 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.**

*(55) El 26 de febrero de 2010, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 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 (folios 467 a 471).*

*(56) Este Real Decreto vino a sustituir al Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, que fue anulado por sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21 de abril de 2009 .*

*(57) En él se recogen el régimen jurídico de los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, los derechos y obligaciones de los suministradores de último recurso y una serie de medidas para promover la competencia en el proceso de puesta en marcha del suministro de último recurso. Además, se modifica el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002 , añadiéndole un nuevo apartado referente al cambio de suministrador” .*

En la exposición de motivos de este Real Decreto se dice expresamente:

*“Con el fin de incidir en la validez de las formas de contratación incluidas en el artículo 44 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, se incluye la disposición final primera para puntualizar las formas de constatación de la conformidad del cliente al cambio de suministrador. 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.”*

Y la disposición final primera establece:

*Disposición final primera. Cambio de suministrador.*

*Se modifica el artículo 44 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, añadiendo el apartado 6 siguiente:*

*«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 artículo 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.»*

3. La parte actora se limita a insistir en los mismos argumentos ya esgrimidos en la vía administrativa y que fueron ya objeto de consideración por el Consejo de la CNC en la resolución impugnada. En este sentido, el principal motivo de su recurso (fundamento jurídico tercero del escrito de demanda) consiste en alegar que las denegaciones de cambio de suministrador solicitadas por IBERDROLA sobre la base de la captación telefónica del clientes han estado en todo momento amparadas por la normativa aplicable y se ha actuado -se dice- en todo momento de conformidad con lo establecido por la CNE en sus informes.

En efecto, para la actora su conducta ha estado amparada por la normativa aplicable al cambio de suministrador en el sector del gas natural vigente en cada momento, la cual le "*obligaba*" incluso a exigir la confirmación por escrito del consentimiento del cliente; esto es, al menos una copia del contrato firmado entre el consumidor y la comercializadora de turno. A estos efectos distingue diversos períodos en función de las distintas normas aplicables al cambio de suministrador: a) antes de la Orden ITC/2309/2007; b) desde la entrega en vigor de la Orden ITC/2309/2007 hasta la aprobación del Real Decreto 104/2010; c) a partir del Real Decreto 104/2010 y la consecuente reforma del artículo 44 del Real Decreto 1434/2002 , en cual introduce, según la actora, por primera vez, la posibilidad de "*switching telefónico*".

Como motivos subsidiarios de impugnación se alegan:

- La existencia de dudas razonables que justificarían la conducta (fundamento jurídico cuarto), concluyendo que no ha existido intención de infringir la normativa aplicable.

- Que la conducta de la actora resulta directamente de aplicación de la normativa sectorial, lo que le eximiría de responsabilidad ( artículo 4 de la LDC , fundamento jurídico quinto).

- Inexistencia de precedentes expedientes sancionadores por incumplimiento de la normativa sectorial por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas o de las Comunidades Autónomas, ni por la Comisión Europea.

- Por último (fundamentos jurídicos octavo y noveno) se alude a la falta de beneficio derivado de la conducta por parte de las entidades del grupo GAS NATURAL así como vulneración del principio de proporcionalidad.

Todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por la actora son rebatidos pormenorizadamente tanto por el Abogado del Estado como por la Codemandada en sus respectivas contestaciones a la demanda.

4. El núcleo esencial del debate ha girado sobre el régimen de cambio de suministrador y, más concretamente, sobre la admisibilidad de la contratación telefónica, una vez situado el objeto de este recurso dentro del mercado del gas natural en el segmento *distribución-comercialización* .

Antes del análisis de los motivos aludidos hemos de referirnos al mercado del gas y al régimen sobre el cambio de suministrador.

Sobre el mercado concreto que nos ocupa la resolución impugnada contiene la siguiente descripción:

"El sector del gas natural viene regulado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, LSH), modificada por la Ley 12/2007, de 2 de julio, que traspone en España la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, y por su normativa de desarrollo.

El artículo 60 de la LSH establece que la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción, aprovisionamiento y comercialización de gas se desarrollan en régimen de libre competencia.

#### Distribución

La actividad de distribución comprende la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar el gas en los puntos de consumo<sup>1</sup>. Los precedentes nacionales y comunitarios<sup>2</sup> han considerado que cada red de distribución conforma un monopolio natural, estando su acceso y sus tarifas regulados.

Asimismo, hasta el 1 de julio de 2008, los distribuidores han sido responsables del suministro de gas a tarifa regulada. A partir de esa fecha, el suministro, tanto a tarifa de último recurso como en mercado libre, ha pasado a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores.

#### Comercialización

La actividad de comercialización comprende la adquisición de gas natural para su venta a los consumidores, a otros comercializadores o para realizar tránsitos internacionales, para lo que resulta preciso acceder a las instalaciones de terceros de transporte y distribución<sup>3</sup>.

Los precedentes más recientes<sup>4</sup> han optado por diferenciar los mercados de suministro por el tipo de cliente, teniendo en cuenta las diferencias en volúmenes de consumo, patrones de demanda, tipos de contrato, relaciones con los clientes, márgenes comerciales, etc. Así, se ha distinguido entre suministro a grandes clientes o clientes industriales (que se asimila al suministro a alta presión), suministro a clientes residenciales y PYMES (que se asimila a baja presión) y suministro a centrales de ciclo combinado para generación eléctrica.

#### Acceso de terceros a la red (ATR)

Ambas actividades, distribución y comercialización o suministro minorista, se encuentran estrechamente relacionadas, por cuanto para vehicular el gas es imprescindible contar con las infraestructuras adecuadas. Así, para llevar a cabo el suministro a los consumidores es preciso acceder a las instalaciones de distribución. Por este motivo, la Ley del Sector de Hidrocarburos garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad<sup>5</sup>.

La regulación del acceso de terceros a la red ha cobrado especial relevancia con la liberalización del sector y la separación efectiva de las actividades de suministro de las actividades de red (transporte y distribución). Desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Además, desde el 1 de julio de 2008, la actividad de suministro se reserva exclusivamente a los comercializadores, por lo que los distribuidores se limitan únicamente a la gestión de sus redes.

Los procedimientos de acceso a las redes y de cambio de suministrador se regulan en el 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. Su artículo 44 establece que, para hacer un cambio de suministrador, el consumidor, directamente o a través del comercializador, deberá presentar una solicitud a la distribuidora, que procederá a su validación en el plazo máximo de 6 días.

La regulación española permite que un grupo de sociedades desarrolle actividades reguladas y no reguladas (integración vertical), aunque obliga a que haya una separación jurídica, funcional y contable de las actividades incompatibles, con el fin de garantizar las mayores condiciones de competencia.

El hecho de que las redes de distribución constituyan una infraestructura imprescindible para el ejercicio de la actividad de comercialización, que la empresa distribuidora realice la actividad en régimen de monopolio y que en ambos mercados actúen empresas verticalmente integradas, obliga a dedicarle una especial atención a las condiciones en las que se desarrollan estas actividades, desde el punto de vista de la competencia. Por ello, la doctrina establece la existencia de una especial responsabilidad por parte de la empresa que controla la infraestructura básica, con el fin de garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado "aguas abajo" de comercialización.

#### Estructura de la oferta

Actualmente, son 13 las empresas autorizadas en España para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural, además de las 5 comercializadoras de último recurso, estando las redes de distribución gestionadas por 29 sociedades que, en su mayoría, pertenecen a los principales grupos empresariales.

El número total en España de puntos de suministro de redes de distribución y transporte de gas natural, en diciembre de 2009, fue de 7.069.856, perteneciendo el 84,3% de los puntos al GRUPO GAS NATURAL FENOSA, el 10,0% al grupo Naturgas y el 5,7% al grupo Endesa. Por tanto, se aprecia un importante grado de asimetría entre la cuota de mercado de GAS NATURAL FENOSA y la de los demás competidores, aunque va decreciendo paulatinamente.

Respecto al suministro minorista de gas natural, las cuotas de mercado correspondientes al tercer trimestre de 2009, fueron del 37,8% para el GRUPO GAS NATURAL FENOSA, del 14,50% para el Grupo Endesa y del 11,53% para el GRUPO IBERDROLA, en términos de energía, y del 72,17% para el GRUPO GAS NATURAL FENOSA, del 15,55% para el grupo Endesa y del 8,81% para el Grupo Naturgas, según el número de cliente (Informe trimestral de supervisión del mercado minorista de gas

natural en España" correspondiente al cuarto trimestre de 2009, publicado por la Comisión Nacional de Energía (CNE)."

Sobre la contratación telefónica hemos de hacer referencia a la regulación contenida en el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, cuya redacción inicial era la siguiente:

*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.*

*2. Las solicitudes de cambio 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.*

*f) Empresa que va a realizar el suministro.*

*g) Empresa responsable de la medida.*

*h) Características y propiedad de los equipos de medida.*

*i) Condiciones de la nueva contratación (Tarifa, Peajes, etc.), que permitan efectuar la facturación del consumo y/o los peajes asociados.*

*j) Duración y tipo de contrato.*

*3. Para suministros a presión inferior o igual a 16 bar la solicitud se presentará a la empresa distribuidora, la cual procederá a la validación de la misma, comprobando que los datos que figuran en ella se corresponden con los recogidos en la base de datos, a que hace referencia el artículo 43, y que el nuevo suministrador está debidamente autorizado para ejercer dicha actividad. En aquellos suministros que supongan un consumo anual unitario superior a 10 GWh recabará asimismo la validación puntual de las solicitudes por parte de los transportistas propietarios de instalaciones de entrada al sistema de transporte y distribución.*

*Los transportistas revisarán las solicitudes con consumos anuales inferiores a 10 GWh, de forma agrupada por comercializador y punto de entrada para realizar las comprobaciones a los que les habilita la reglamentación vigente en relación con el acceso de terceros.*

*El plazo máximo para validación de solicitudes será de seis días hábiles a partir de la recepción de la solicitud, comunicando al solicitante las posibles deficiencias dentro de dicho plazo.*

4. Para suministros a presión superior a 16 bar las solicitudes de cambio de suministrador se validarán y tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. "

Por su parte el artículo 38 del propio Real Decreto 1434/2002 :

*"Los suministros por terceros en el mercado liberalizado requerirán un contrato por escrito entre una empresa comercializadora debidamente autorizada y el consumidor cualificado en el que se recogerán todas las condiciones del suministro, seguridad, continuidad del servicio, calidad, repercusiones económicas por incumplimiento de la calidad del suministro, medición y facturación del mismo, causas de rescisión, mecanismos de subrogación y mecanismos de arbitraje en su caso.*

*Dichos contratos no podrán contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y disposiciones de desarrollo, y las controversias que pudieran surgir en la aplicación de los mismos se resolverán en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los procedimientos de arbitraje previstos en el ordenamiento jurídico."*

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.

Pero no lo es menos que la publicación de la Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, en vigor desde el 1 de agosto de 2007 resuelve la cuestión al señalar de manera inequívoca en su disposición adicional Primera lo siguiente:

*"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 artículo 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.*

*Por lo tanto, si bien la denegación a 22 de julio de 2007 podía encontrar cierta justificación en el carácter impreciso de la normativa entonces vigente referente a la contratación telefónica, la entrada en vigor de la mencionada orden el 1 de agosto de 2007 deja sin justificación (1º) el mantenimiento de la negativa de 22 de julio de 2007, así como (2º) las negativas posteriores de octubre de 2007 y mayo de 2009.*

*Por si ello no bastara, la disposición final 1a del Real Decreto 104/2010 añade un apartado 6º en el artículo 44 del RD 1434/2002 con el tenor siguiente:*

*"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 artículo 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"*

**5.** El recurrente insiste en su demanda que no es sino hasta la entrada en vigor de la mencionada reforma introducida por el RD 104/2010 cuando la contratación telefónica se admite en el mercado del gas, afirmación que no cabe admitir por los motivos que siguen:

La Orden ITC/2309/2007 es clara en su disposición adicional 1ª según lo ya señalado.

Conviene además apuntar a la específica previsión de la disposición transitoria de la mencionada Orden ITC/2309/2007 que exige, con la finalidad de promover la competencia y de manera transitoria, el consentimiento expreso y por escrito del consumidor en los contratos que firme con la comercializadora del mismo grupo empresarial que la distribuidora:

*"1. Desde la entrada en vigor de la presente Orden hasta el día 1 de julio de 2008, las empresas comercializadoras sólo podrán formalizar contratos de suministro con el consentimiento expreso y por escrito del cliente, en el caso de que éste estuviera siendo suministrado en el mercado a tarifa por el distribuidor del mismo grupo empresarial.*

*2. El incumplimiento de esta disposición será considerado infracción administrativa a los efectos señalados en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, sin perjuicio de que pueda ser, en su caso, una infracción de las previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia."*

La interpretación de la disposición adicional 1ª debe necesariamente interpretarse de forma sistemática con la transitoria de la misma Orden, de forma que la expresa mención de la exigencia escrita en la segunda (transitoria) debe entenderse expresamente omitida de la primera (adicional 1ª).

La exposición de motivos del RD 104/2010 señala:

"Con el fin de incidir en la validez de las formas de contratación incluidas en el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre [...] se incluye la disposición final primera para puntualizar las formas de constatación de la conformidad

del cliente al cambio de suministrador. 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 rTC/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."

Es conocida la jurisprudencia que señala el carácter retroactivo de las disposiciones normativas meramente interpretativas de disposiciones anteriores. No existiendo innovación, sino mera aclaración, según se desprende de la explícita voluntad del legislador manifestada en exposición de motivos de la norma, ninguna duda cabe que no es desde la promulgación del propio RD 104/2010, sino desde la de la Orden ITC/2309/2007 que el mismo cita que cabe entender válida la contratación telefónica como forma de manifestación de la voluntad para el cambio de suministrador.

Por otro lado, este es también el tenor que resulta de la Comunicación de la DGEM de 10 de octubre de 2007 (folio 278 expte), al señalar 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"*, con expresa mención a *"contratación telefónica o electrónica"*.

En idéntico sentido se pronuncia la CNE en informe de 23 de junio de 2010 solicitado por la CNC ex art. 17.2 LDC , obrante en autos (folios 952 y ss del expte) y de forma no tan explícita aunque también evidente, el de 8 de mayo de 2008, instado a requerimiento de GND (folios 288 y ss).

Por lo tanto, la justificación que pretende la actora no puede ser admitida. Desde la primera negativa a tramitar las solicitudes de IBERDROLA, la normativa sectorial sí permitía la contratación telefónica, por lo tanto, el traslado de las grabaciones de las conversaciones como prueba documental de la conformidad del cliente con el cambio de suministrador.

Como acertadamente sostiene tanto el Abogado del Estado como la Codemandada, antes incluso de la Orden de 2007, no se impedía ni expresa ni implícitamente los cambios de suministrador mediante contratación telefónica y, por tanto, no se exigía que para la tramitación de las solicitudes se debiera entregar a la distribuidora copia del contrato escrito; por lo demás, la referencia del artículo 38 del Real Decreto 1434/2002 a la necesidad de un contrato escrito no conlleva que el consentimiento telefónico no sea jurídicamente aceptable. Y, en cualquier caso, la validez de la contratación telefónica es incuestionable a partir de la Orden 2309/2007.

De ahí que el principal motivo de recurso no pueda prosperar.

#### **6. Tampoco los motivos subsidiarios de impugnación**

En efecto, no es admisible la justificación de la conducta de GND sobre la invocada existencia de dudas razonables en la interpretación de la normativa aplicable ni tampoco la ausencia de dolo o intencionalidad, ya que el artículo 130 de la Ley 30/1992 dispone que las infracciones administrativas son sancionables incluso a título de mera inobservancia ( SAN de 2 de julio de 2009 ).

Tampoco puede prosperar la alegación relativa a que la conducta de la actora resulta

directamente de la aplicación de la normativa sectorial, lo que le eximiría, según la demanda, de responsabilidad ex artículo 4 LDC , ya que, como hemos dicho, no existe dicho amparo de la normativa sectorial, que el recurrente ha incumplido de forma reiterada, como bien se dice por el Abogado del Estado al denegar las solicitudes de cambio de suministrador por motivos no previstos en la normativa, obstaculizando así la introducción de competencia en el segmento de la comercialización del gas natural.

Por lo demás, el hecho de que ni las autoridades españolas ni las europeas hayan abierto expediente sancionador a GND, tampoco es óbice a la sanción impuesta por las autoridades responsables de la competencia de sancionar aquéllas conductas que resulten prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; y ello con total independencia de las actuaciones de las autoridades encargadas de velar por la normativa en materia de hidrocarburos.

En lo relativo al beneficio obtenido por Gas Natural con la conducta litigiosa, se objeta en la demanda que desde la implantación de la contratación telefónica las comercializadoras del Grupo Gas Natural son las que más clientes han conseguido, pretendiendo justificar así que el grupo es favorable a la contratación telefónica y que hubiera obtenido mayores beneficios si se hubiera admitido dicha contratación con anterioridad. Pero tal alegato tampoco puede prosperar. En efecto, lo relevante aquí es que la negativa conllevó el que el suministro se siga prestando por la comercializadora del propio Grupo Gas Natural, privando la conducta de Gas Natural de la posibilidad de elección del consumidor, que se impone a su decisión en beneficio de la propia compañía haciendo ilusoria la liberalización del segmento de la comercialización. En este sentido, señala la Resolución impugnada que: *"En el caso de que el distribuidor denegase una solicitud de cambio de suministrador a un cliente que pretendía cambiarse de suministrador con anterioridad a 1 de julio de 2008 ésta implicaba que el cliente seguiría siendo suministrado por GND. Después de 1 de julio de 2008, dichas denegaciones implicarían que el cliente permanecería con la comercializadora que en ese momento suministraba ... "*, es decir, con la comercializadora de último recurso del propio grupo Gas Natural en beneficio directo de la propia sociedad. Y a partir del 1 de julio de 2008, aquella negativa conlleva que el suministro se prestase por Gas Natural Servicios (caso de suministro a último recurso) o por Gas Natural Comercial (en el caso del mercado libre), siendo en definitiva el beneficiado el propio grupo empresarial.

Por último tampoco se aprecia infracción del principio de proporcionalidad. La resolución justifica los razonamientos que le llevaron a la cuantificación de la multa (páginas 39 a 41), analizando pormenorizadamente los criterios del artículo 64 de la LDC , graduando la sanción dentro de los parámetros inferiores, tomando variables ciertamente benévolas o como reconoce la propia Administración, sobre cálculos *"conservadores o de mínimos"* y que la actora en ningún caso razonablemente desvirtúa más allá de realizar afirmaciones genéricas en pos de una sanción mínima.

**7.** De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

## **FALLO**

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de 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 DISTRIBUCION 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.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.