Roj: **SAN 3122/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3122**

Id Cendoj: **28079230042019100294**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **03/07/2019**
Nº de Recurso: **135/2017**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000135 / 2017

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **01484/2017**

Demandante: **ENDESA ENERGÍA, S.A.U**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. ANA MARTÍN VALERO**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

Dª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a tres de julio de dos mil diecinueve.

Vi stos los autos del recurso contencioso administrativo **nº 135/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U** representada por el Procurador D. Iñigo María Muñoz Durán y asistida de Letrado, frente a la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 12 de enero de 2017, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 13 de marzo de 2017 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 15 de marzo de 2017, y con reclamación del expediente administrativo **.**

SE GUNDO.- Una vez recibido en esta Sala el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para que formalizara demanda **,** lo que verificó mediante escrito presentado en fecha 4 de mayo de 2017, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << *(...) dicte Sentencia por la cual, estimando el mismo, declare la nulidad de la resolución impugnada por los motivos contenidos en el cuerpo del mismo>>.*

TERCERO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 23 de junio de 2017, interesando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Ac ordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 26 de junio de 2019.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en 20.000,00 €

Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 12 de enero de 2017, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de las obligaciones de contratación y apoderamiento con los clientes.

Esta resolución declara a dicha entidad responsable de una obligación leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000,00 €.

SEGUNDO.- El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito de denuncia del consumidor afectado, presentado en el Registro de la CNMC el 15 de julio de 2015, en el que se ponían de manifiesto los siguientes hechos:

" *El día 13 de marzo de 2015, ENDESA ENERGÍA S.A.U envía una carta al consumidor en la que se incluye un impreso de domiciliación para que reciba las correspondientes facturas. En dicho impreso se señala que el pasado (sic) 13/03/2015 se solicitó la nueva contratación. En dicha comunicación le dan un plazo de veinte días para devolver firmado el citado impreso, procediéndose de lo contrario a entender que renuncia al cambio de su cuenta, de modo que las condiciones de pago serían las anteriores a ese documento (folio 6 del expediente).*

En la primera semana de abril de 2015, el consumidor recibe nueva carta de ENDESA ENERGÍA S.A.U. en la que se le da la bienvenida. La referencia del número de contrato de suministro eléctrico es NUM000 .

El día 8 de abril de 2015 formula reclamación contra ENDESA ENERGÍA S.A.U. Dicha reclamación fue dada de alta con el número NUM001 . El día 28 de mayo de 2015 se procedió a dar de baja el contrato de suministro. Posteriormente, recibe a principio de junio dos facturas del contrato de electricidad que cubren el período de presunta vigencia del contrato entre el 20 de marzo y el 22 de mayo de 2015 (100,24 euros) y entre el 22 de mayo y el 28 de ayo de 2015 (45,06 euros). Contra las mismas presenta la correspondiente reclamación y ENDESA ENERGÍA S.A.U procede a la refacturación de la segunda, suprimiendo la penalización por incumplimiento, y refiriéndose únicamente a los consumos (por importe final de 5,03 euros, en lugar de los 45,06 euros inicialmente facturados) "

Desde la CNMC se solicitó a dicha sociedad comercializadora información sobre la reclamación indicada, la cual afecta a un domicilio particular sito en la localidad de Madrid, recibiéndose, tras el correspondiente requerimiento, comunicación con fecha de entrada 18 de septiembre de 2015 en la que se indicaba lo siguiente en lo que aquí importa:

" *Que el consumidor había contratado el suministro de forma presencial. Se adjunta copia del contrato de fecha 12 de febrero de 2015.-Que el control de calidad de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. realizó una llamada telefónica al consumidor en la que, según la empresa, el mismo contesta en sentido afirmativo sobre la entrega por el comercial del documento resumen con los productos y servicios contratados. Se aporta dicha grabación.*

-Que se emitieron las correspondientes facturas, que las mismas no han sido abonadas por el consumidor y que éste dejó de ser cliente el pasado 26 de mayo de 2015 a solicitud del propio consumidor ".

El 16 de octubre de 2015 se dio traslado al consumidor de lo indicado por ENDESA ENERGÍA, S.A.U., requiriéndole para que confirmara o no lo indicado por la comercializadora

El 14 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del consumidor contestando al anterior requerimiento. En él afirma:

"-Que la firma del contrato que se aporta por parte del comercializador no coincide ni remotamente con la firma propia, aportada por fotocopia del DNI. -Que la grabación aportada no corresponde a su voz y añade que a la pregunta formulada por el servicio sobre la fecha de nacimiento, la persona que contesta afirma que nació el día NUM004 de 1953 cuando la fecha real de nacimiento del consumidor es NUM005 de 1972 ".

Con fecha 10 de mayo de 2016 el Director de Energía de la CNMC acordó, incoar expediente sancionador a ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante ENDESA) como persona jurídica presuntamente responsable del incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes. En este sentido, el Acuerdo de incoación le imputaba la activación, sin consentimiento del consumidor, de contrato de suministro eléctrico NUM000 relativo a suministro de una vivienda particular en Madrid; situación que, indiciariamente, se habría mantenido, al menos, entre el 20 de marzo y el 26 de mayo de 2015. Precalificó jurídicamente estos hechos como una presunta infracción administrativa leve tipificada en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico .

Dicho Acuerdo fue notificado a ENDESA el 18 de mayo de 2016 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación e alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

La entidad presentó escrito de alegaciones en fecha 23 de junio de 2016, tras lo cual se dictó propuesta de resolución para que se declarara a Endesa Energía , S.A.U responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 66 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , y se le impusiera una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000(veinte mil) euros.

La Propuesta de Resolución fue notificada a ENDESA ENERGÍA el 31 de octubre de 2016, otorgándose un plazo para alegaciones, que cumplimiento mediante escrito de 18 de noviembre de 2016 reiterando, en esencia, las realizadas al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.

Tras ello se dictó la resolución sancionadora aquí impugnada.

TERCERO.- Es ta resolución considera probados los siguientes hechos:

1.- En fecha 12 de febrero de 2015 se firma un contrato de suministro de electricidad entre un supuesto consumidor y ENDESA. En lo que aquí interesa, y reconoce la propia ENDESA, en la firma de dicho contrato no se aporta copia de ningún documento de identificación del cliente, por tanto, no constaba nada más que la factura del suministro de electricidad con su anterior comercializador.

A la vista de la fotocopia del DNI que consta en el expediente, queda probado que la fecha de nacimiento del consumidor que figura en el contrato es distinta a la fecha de nacimiento que consta en el DNI, concretamente en el contrato consta como fecha de nacimiento el NUM004 de 1953 y en el DNI la de NUM005 de 1972. Igualmente la firma es muy diferente a la del Documento Oficial de Identidad.

Ese mismo día se procede, por parte de ENDESA, a realizar una grabación telefónica en la que básicamente se pone en contacto con el supuesto consumidor para confirmar la contratación. En la misma se puede comprobar que la persona que contesta, siempre con monosílabos a las preguntas, contesta afirmativamente cuando se le pregunta si ha nacido el día NUM004 de 1953.

2.- El día 13 de marzo de 2015 el consumidor recibe una carta de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. en la que se le incluye un impreso de confirmación de la domiciliación bancaria para poder iniciar el cobro de las facturas correspondientes, según había solicitado el pasado "día 13 de marzo de 2015", es decir, el mismo día (folio 5 del expediente). Este hecho probado no ha sido discutido por ENDESA en sus alegaciones.

3.- ENDESA procedió a la generación de un contrato de suministro de electricidad NUM000 que estuvo vigente entre los días 20 de marzo de 2015 y 26 de mayo de 2015. El mismo generó dos facturas por importe total de 145,30 € que no fueron abonadas por el consumidor ni reclamadas por la mercantil por "deferencia comercial" a la vista del requerimiento de información por parte de esta Comisión

Estos hechos los considera constitutivos de una infracción leve tipificada en el artículo 66, apartado 4º de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico : " *El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes* ", y en particular de la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor para la formalización del contrato.

Hace referencia al artículo 46 de la LSE , que establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado g) la de "Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación. Asimismo, realizar las facturaciones...".

CUARTO.- Se argumenta en la resolución que:

"(...) corresponde al comercializador comprobar la identidad y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro. En particular, no

puede aceptarse la alegación de ENDESA relativa a que no le sería imputable una infracción por el hecho de que la empresa comercial a través de la cual actuó pudiera haber recabado fraudulentamente el consentimiento del cliente. En último término sería aplicable el instituto de la "culpa in eligendo" o la "culpa in vigilando", según el cual debería considerarse responsable a ENDESA de las actuaciones de la empresa que actuó para ella.

Es evidente que en el presente caso, ENDESA, dio por cierta la identidad del consumidor a pesar de que no obraba en su poder ningún documento oficial -carecía de copia del DNI para comprobar los datos o incluso de una foto del DNI que podía haber tomado el comercial con su móvil- y que el contrato contenía una inexactitud básica y fácilmente comprobable como era una fecha de nacimiento muy diferente a la del DNI y una firma muy diferente a la del indicado documento. La llamada de control -medida para comprobar la identidad del sujeto-se llevó a cabo basándose igualmente solo en los datos que obraban en el contrato y sin disponer de medio alguno objetivo que le permitiera identificar debidamente al consumidor. Y no deja de sorprender que una persona conteste a la pregunta de si nació en un determinado día que no coincide ni remotamente con su fecha real de nacimiento, con un rotundo sí. Resulta difícil de imaginar tal circunstancia

Por ello, no puede acogerse la alegación principal de ENDESA en este punto, a saber, que no hay ningún hecho antijurídico porque existe un contrato válidamente firmado con el citado consumidor y que se comprobó su identidad y voluntad con la llamada de control. La indicada llamada de control no acreditó realmente nada, como pone de manifiesto la errónea contestación sobre la fecha de nacimiento. Con esta situación de hecho, no parece necesario reiterar los argumentos sobre la falta de verificación de la identidad que no se ve resuelta por la llamada de control, sino todo lo contrario.

Igualmente tampoco puede acogerse que no se haya probado la comisión de la infracción. En el presente procedimiento debe determinarse si la comercializadora cumplió con su obligación de asegurar la libertad del consumidor de elegir suministrador en su vertiente de pleno cumplimiento de los requisitos de la contratación. Y está probado -pues resulta evidente de la documentación obrante en el expediente administrativo-, que ENDESA no cumplió con dicha obligación porque activó un contrato en el que un dato tan relevante y fácilmente comprobable como la fecha de nacimiento del titular era simple y sencillamente errónea. El tipo infractor concurre, pues, cuando no se ha cumplido con los requisitos de contratación, entre los cuales está asegurarse de la identidad de la persona con la que se contrata, y ello ha sido claramente demostrado.

La mencionada ausencia de controles efectuados con carácter previo a la activación del contrato es una conducta omisiva constitutiva de infracción prevista en el artículo 66. 4 de la LSE . Tales controles, como se ha repetido, no existieron en este caso, a pesar de lo cual ENDESA finalmente devolvió los importes facturados, lo que implica que indudablemente tuvo las dudas expuestas, ya que difícilmente es creíble que tal devolución se produjera "por deferencia comercial".

En cuanto a la culpabilidad razona que:

"La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos. Entre éstas se encuentra en primer plano la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44 c de la LSE). La obligación del comercializador que es correlativa a tal derecho del consumidor, es la de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. Ello comporta la de suministro, los controles que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor. Tales controles no fueron aplicados adecuadamente en este caso por ENDESA, y ello constituye la negligencia punible en este procedimiento. Alega ENDESA que no hubo culpabilidad porque al recibir el contrato debidamente cumplimentado y firmado, "procedió a realizar una llamada de control de calidad en la que el consumidor confirma todos los aspectos y que ello dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora".

En primer lugar, y hay que insistir en ello, la llamada de control se limita a preguntar los datos que figuran en el contrato y en la documentación anexa en el que no constaba documento oficial de identificación alguno, es decir, que si había algún dato incorrecto o directamente falso, era imposible que la llamada de control pudiera advertirlo. Con este punto de partida, es fácil entender que esta llamada por sí misma no prueba la falta de negligencia, bien al contrario, la reafirma porque al carecer de cualquier tipo de contraste era ineficaz para ejercer la labor que estaba supuestamente llamada a hacer, es decir el control de la actividad comercial. Control supone oposición, contraste, plena verificación y supervisión, no una serie de preguntas formularias que pueden ser contestadas por cualquier persona que tuviera el contrato en la mano. Lo que resulta más llamativo de este proceso, cuando no manifiestamente absurdo es que una persona conteste que ha nacido un día que no es y que coincide -curiosamente-con el que aparece exclusivamente en el documento contractual. La apariencia de veracidad queda así plenamente destruida. Pero es que tampoco reaccionó ENDESA cuando

llegó la reclamación del consumidor, porque ésta le hubiera permitido al servicio de reclamaciones comprobar con bastante facilidad, tan simple como contrastar el dato del DNI con el del contrato, que se había producido una vulneración de los requisitos de contratación, en particular, la correcta identificación del consumidor"

QUINTO.- La demanda expone que Endesa Energía es una empresa comercializadora de diversos productos y servicios de energía eléctrica y gas natural a los consumidores cualificados en mercado liberalizado, y que para el desarrollo de dicha actividad emplea diversos canales, entre ellos la contratación presencial a través del *"Task Force" (TF),* es decir mediante empresas independientes y autónomas que actúan a través de un contrato suscrito con Endesa.

Esta contratación presencial consiste en que Endesa Energía remite a esas empresas los formularios de contratación, así como los correspondientes manuales de producto para que los comerciales de aquellas, mediante la realización de visitas domiciliarias a posibles clientes, expliquen los productos y descuentos ofertados y en caso de que el consumidor esté interesado en el producto ofertado, proceden a recabar todos los datos necesarios para la contratación del suministro energético y su consentimiento para contratar el mismo, cumplimentando el formulario de contratación del suministro que debe firmar el interesado.

Una vez que se ha procedido a comprobar que el contrato está cumplimentado en todos los campos necesarios, se realiza una llamada de control para verificar la información facilitada al consumidor durante el proceso de venta, la atención dispensada por el comercial y, especialmente, a efectos de constatar la conformidad del consumidor con la contratación del suministro. A continuación se realiza un control de escucha para confirmar la corrección de la llamada.

Si se supera todo el proceso de control de calidad expuesto, Endesa Energía remite la correspondiente solicitud de contratación a la empresa distribuidora para que se conceda el acceso a su red, necesario para comenzar a prestar el suministro. La empresa distribuidora verifica que los datos contenidos en la solicitud remitida por la empresa comercializadora (en este caso Endesa Energía) coinciden con los de su base de datos y, si es así, concede el acceso a su red. En el momento en el que se dispone de esta confirmación por parte de la empresa distribuidora, se produce la activación del contrato de suministro y, por parte de Endesa Energía, se genera, de forma automática desde el sistema comercial de ventas, una carta de bienvenida que se remite al cliente junto con la impresión" diferida" de las condiciones particulares y generales de su contrato.

Afirma que, en el caso que nos ocupa, fue la empresa Rasuvalcan la que recabo los datos de denunciante y gestionó la contratación formalizada el 12 de febrero de 2015. El contrato formalizado contiene datos personales del denunciante y técnicos de la vivienda que es imposible conocer si no fueron facilitados por el interesado. En concreto, el citado contrato contiene el nombre y apellidos del denunciante, número de DNI, su dirección postal y del punto de suministro, el Código Universal del Punto de Suministro (CUPS),número de teléfono fijo así como el número de cuenta bancaria, sin que conste en el expediente que el afectado haya cuestionado la veracidad de estos datos. Asimismo, al citado contrato se acompañaba copia de su última factura de suministro facilitada por el propio reclamante en el momento de la contratación.

No obstante, Endesa realizó la llamada de control al interesado en la que quien hablaba dijo ser D. Juan Antonio , se confirmó la contratación con Endesa, y, por tanto, el consentimiento para la misma, con el consecuente alta del contrato y cambio de comercializadora. La grabación de la llamada efectuada, si bien consta referida como documento nº2 en el Folio nº47 del expediente administrativo, se acompaña de nuevo junto a la demanda como documento 1. En el transcurso de dicha llamada, que se realiza tiempo después de la visita domiciliaria, la operadora le preguntó si era el titular de los contratos, si firmó el contrato de suministro eléctrico, gas natural y servicio de mantenimiento, y si el comercial le facilitó un documento con los productos y servicios contratados, a lo que el denunciante contestó afirmativamente. Asimismo, a efectos de identificar debidamente a su interlocutor, la operadora le solicitó que le confirmara si él era el titular del contrato, que le facilitase su nombre y dos apellidos y el domicilio de la instalación para la que había contratado el suministro (dirección, piso, código postal y población) a lo que el interesado contestó aportando los datos reflejados por él mismo en su escrito de denuncia. Por último, la operadora le preguntó si facilitó al comercial su número de cuenta bancaria para su domiciliación, a lo que el interesado contestó en sentido afirmativo. En consecuencia, procedió a dar de alta el contrato con Endesa Energía

El contrato de suministro eléctrico estuvo en vigor dos meses (del 20 de marzo de 2015 al 26 de mayo de 2015), causando baja por cambio de comercializadora a solicitud del reclamante, y dando lugar a la emisión de las dos únicas facturas de electricidad que acompañó el Sr. Juan Antonio junto a su denuncia.

El 8 de abril de 2015 el denunciante se puso en contacto telefónico con Endesa para hacer constar su posición contraria a la contratación dejando constancia de su reclamación. A la vista de la documentación obrante en poder de Endesa (contrato debidamente cumplimentado y firmado, copia de su última factura de suministro, y grabación telefónica), pese a tener por debidamente acreditado el consentimiento y verificación del mismo

otorgado por el Sr. Juan Antonio para contratar con Endesa Energía, con ocasión de la reclamación presentada, una vez el contrato se encontró de baja en esta mercantil, por deferencia comercial, se procedió a condonar el importe de las dos únicas facturas emitidas por el suministro eléctrico que fue efectivamente prestado por Endesa Energía al denunciado, no requiriéndole el pago por dichos importes.

Se pone de manifiesto en la demanda que este Tribunal ya ha analizado este procedimiento de control telefónico en supuestos idénticos al enjuiciado y consideró que resultaba idóneo para acreditar la comprobación de la identidad y del consentimiento del interesado. Se trata de las Sentencias (Sección 1ª), de 23 de octubre de 2013 (recurso 406/2012) y 7 de febrero de 2014 (recurso 405/2012).

Asimismo, la propia Agencia Española de Protección de Datos concluyó en idénticos extremos en su resolución de archivo de actuaciones dictada en el expediente Nº NUM002 , abierto por la reclamación presentada por D. Juan Antonio por los mismos hechos que los enjuiciados por la Administración aquí demandada.

A la vista de lo expuesto, considera que es evidente la ausencia de culpabilidad, ya que actuó con diligencia y buena fe, puesto que disponía del contrato debidamente cumplimentado y firmado, de la copia de la última factura de su anterior suministrador, realizó un control de calidad que le supone un elevado coste de recursos económicos si tenemos en cuenta que se realiza sobre la totalidad de contrataciones formalizadas y renunció al cobro de las dos únicas facturas emitidas.

SEXTO.- Como recuerda la STS de 24 de noviembre de 2011 (rec 258/2009), el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 76/1990, de 26 de abril , viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, doctrina que se reafirma en la sentencia 164/2005, de 20 de junio de 2005 , en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia.

Si bien también declara que, el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana.

Sucede así, que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, incluyendo a las Administraciones públicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad (véase la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2011 (recurso de casación en interés de ley 48/2007), éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Según la STC 246/1991 " *(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma* ".

Una vez sentados los anteriores principios, y centrándonos en el caso de autos, la resolución sancionadora considera que ENDESA no cumplió con su obligación de asegurar la libertad del consumidor de elegir suministrador , en su vertiente de pleno cumplimiento de los requisitos de la contratación, puesto que no aplicó los controles necesarios para verificar la identidad del consumidor.

En los hechos probados consigna que en la grabación telefónica "se puede comprobar que la persona que contesta, siempre con monosílabos a las preguntas, contesta afirmativamente cuando se le pregunta si ha nacido el día NUM004 de 1953"

No sólo resta valor a la llamada de control que efectuó ENDESA para comprobar los datos del consumidor y su voluntad de contratar los suministros, sino que considera que reafirma su negligencia porque, al carecer de cualquier tipo de contraste, era ineficaz para ejercer la labor que estaba supuestamente llamada a hacer, es decir el control de la actividad comercial.

SÉPTIMO.- La Sala no comparte esos argumentos de la resolución impugnada y, por el contrario, considera que ha quedado justificado que ENDESA aplicó una diligencia razonable en orden a verificar la identidad del consumidor y su voluntad de contratar el suministro con dicha comercializadora.

Para ello hemos de valorar el contrato firmado 12 de febrero de 2015 y la grabación telefónica de la llamada de control efectuada por ENDESA para verificar los datos y la voluntad del consumidor.

En primer lugar, el contrato de suministro de electricidad y gas con Endesa, cumplimentado por un agente de la empresa distribuidora Rasuvalcan SL (contratada por Endesa Energía SAU para la captación de clientes), contiene los datos personales del denunciante, concretamente el nombre y apellidos (D. Juan Antonio), DNI, dirección completa (calle, número, piso y letra, código postal y ciudad), número de teléfono, código universal de punto de suministro de la vivienda, empresa distribuidora de electricidad y gas anterior y número identificativo

de la cuenta corriente de pago de las facturas. Aparece firmado encima del nombre y dos apellidos del denunciante, así como un número de DNI. Se trata de datos que difícilmente pueden obtenerse si no son facilitados por el titular, teniendo en cuenta que entre ellos se encuentran datos tan particulares y reservados como el código universal de punto de suministro de la vivienda.

En segundo lugar, con la finalidad de verificar la contratación del suministro, se realizó una llamada telefónica al número de teléfono indicado en el contrato (lo que no se discute), poniéndose una empleada en contacto con quien dijo ser el denunciante.

El contenido de la grabación es, en esencia, el siguiente:

La operadora pregunta por Juan Antonio y contesta afirmativamente.

Le pregunta si es la persona que firmó los contratos con ENDESA contestando afirmativamente.

La operadora le informa de la grabación de la llamada y le solicita que confirme si es la persona titular del contrato a lo que responde afirmativamente

La operadora le solicita el nombre y los dos apellidos y contesta Juan Antonio .

Le pregunta si es un domicilio particular o un negocio y responde que es un domicilio.

Le relaciona los productos contratados los cuales son confirmados: Electricidad, Gas y Mantenimiento de Gas.

Le solicita información respecto a la aportación del número de cuenta bancaria.

Le solicita la fecha de nacimiento y contesta el " NUM004 de 1953"

Le indica la fecha de la firma de los contratos en el día de hoy "12 de febrero de 2015".

Le solícita domicilio y contesta " CALLE000 NUM003 28043 Madrid'

Asimismo, consiente la contratación de dos seguros de Protección de Pagos.

OCTAVO.- A la vista del contenido de dicha grabación, lo primero que hemos de poner de manifiesto es que la resolución sancionadora considera probado un hecho que no es cierto y es que la persona contesta siempre con monosílabos a las preguntas, y que lo hace afirmativamente cuando se le pregunta si ha nacido el día NUM004 de 1953. Como puede observarse, la operadora le pregunta sobre determinados datos, como su identidad, el domicilio y especialmente su fecha de nacimiento, y es el consumidor el que responde el " NUM004 de 1953"; es decir, no se limita a contestar afirmativamente a una fecha que previamente le dice la operadora.

La resolución también afirma, como un elemento que reforzaría la negligencia de ENDESA, que es difícil de imaginar que una persona conteste a la pregunta de si nació en un determinado día que no coincide ni remotamente con su fecha de nacimiento, con un rotundo sí. Pero el argumento es justo el contrario: precisamente si al ser preguntado por su fecha de nacimiento, el interesado contesta una fecha que coincide con la que aparece en el contrato de suministro, difícilmente la operadora podría imaginarse que esa fecha no es correcta, cuando la identidad del consumidor - previamente preguntado- también coincidía, así como todos los demás datos. Hemos de reiterar que la resolución sancionadora parte del dato erróneo de que el consumidor se limitó a responder afirmativamente a una fecha dada por la operadora, cuando fue propio cliente el que indicó como fecha de nacimiento el " NUM004 de 1953".

A estos efectos, las suposiciones de la Abogacía del Estado sobre la edad del consumidor y la voz del interlocutor, que correspondería a una persona más joven, carecen de fundamento y virtualidad en orden a demostrar que la operadora se tendría que haber percatado de que la persona con la que hablaba no era el titular del suministro. Además, en el escrito de denuncia el denunciante niega que fueran suyas, tanto la firma y el DNI que figuran en el contrato como la voz de la grabación telefónica.

Asimismo, señala la resolución que la llamada de control (medida para comprobar la identidad del sujeto) se llevó a cabo basándose sólo en los datos que obraban en el contrato y sin disponer de medio alguno objetivo que le permitiera identificar debidamente al consumidor; pero precisamente esa llamada tenía por objeto comprobar si eran correctos los datos que obraban en el contrato, para lo que la empresa se puso directamente en contacto con el consumidor, llamando al número de teléfono consignado en el contrato, y que no se ha cuestionado que fuera el del denunciante.

En todo caso, es cierto que posteriormente resultó que el DNI y la firma que constaban en el contrato no eran los del denunciante, pero ello no supone la comisión por ENDESA de la infracción que se le imputa, cuando, como hemos concluido, adoptó todas las medidas que eran razonables para comprobar la veracidad de los datos consignados en dicho contrato y la voluntad del consumidor de contratar el suministro. Y

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

que, cuando comprobó el error, procedió a dar de baja los contratos y corregir las incidencias ocasionadas en la facturación, anulando las facturas, que no fueron cobradas al consumidor; sin que la afirmación de la resolución sancionadora de que difícilmente es creíble que lo fuera por "deferencia comercial", tengan fundamento alguno o incidencia en la culpabilidad.

A todo lo expuesto hay que añadir que, tal y como consta en el expediente, la Agencia de Protección de Datos ha archivado las actuaciones iniciadas por estos mismos hechos, al considerar que ENDESA empleó una razonable diligencia, ya que adoptó las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación.

En consecuencia, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo sin necesidad de examinar el resto de los motivos de impugnación esgrimidos por la demandante frente a la resolución administrativa recurrida.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

ES TIMAR el presente recurso contencioso administrativo **nº 135/2017** interpuesto por la representación procesal de entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 12 de enero de 2017, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes; resolución que se anula.

Co n imposición de costas a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ