



Roj: **SAN 2675/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2675**

Id Cendoj: **28079230042019100245**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/05/2019**

Nº de Recurso: **476/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000476 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00491/2016

Demandante: GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintidos de mayo de dos mil diecinueve.

Se ha visto ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **476/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado a instancia de GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. representada por el procurador don Isidro Orquín Cedenilla, contra la resolución de 12 de mayo de 2016 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha 4 de julio de 2016, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 18 de julio de 2018, y con reclamación del expediente administrativo.



SEGUNDO.- La parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 5 de diciembre de 2016 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Tras la práctica de la prueba propuesta y en trámite de conclusiones, instado directamente en la demanda, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 14 de mayo de 2019 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don SANTOS GANDARILLAS MARTOS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del presente recurso la resolución de 12 de mayo de 2016 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) por la que se imponía a la actora una sanción de 400.000 euros de multa como responsable de una infracción grave del artículo 110.u) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos ; y por otra infracción grave del artículo 61.a) 23 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico .

En procedimiento sancionador se incoó en el expediente SNC/DE/050/15, a raíz las sospechas por la posible vulneración del derecho de los consumidores a elegir suministrador de energía eléctrica y de gas natural, y por el incumplimiento de otras medidas de protección al consumidor.

Las denuncias procedían de los consumidores, bien directamente o bien a través de organizaciones de consumidores. Se referían a cambios de compañía comercializadora de gas y de electricidad sin el conocimiento de los afectados y a favor de GALP ENERGÍA; también se relataron contrataciones de servicios complementarios por parte de esta compañía, y deficiencias en el servicio de atención al cliente con especial referencia a un teléfono de tarificación especial de pago.

Las reclamaciones se sistematizaron en la investigación distinguiendo (i) las reclamaciones en materia de suministro de gas, (ii) las relativas a contratos duales luz y gas, (iii) las que afectan únicamente al suministro de energía eléctrica.

SEGUNDO .- En el escrito de demanda sostiene la nulidad de la liquidación por varias razones. En primer lugar, afirma que la sanción se impuso en un procedimiento caducado. En segundo lugar, la falta de infracción continuada por la falta de acreditación de la existencia de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión en las conductas imputadas. En tercer lugar, la falta de motivación en la calificación de las conductas graves relativas al sector eléctrico.

El abogado del Estado refuta cada uno de los motivos invocados en el escrito de demanda. En cuanto a la caducidad afirma que el plazo aplicable no era el de seis meses, sino el de un año o 18 meses en atención a la gravedad de las infracciones cometidas y al régimen jurídico aplicable previsto en el artículo 115 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (BOE de 8 de octubre) y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE de 27 de diciembre). Por lo que se refiere a la continuidad, considera que se trata de un argumento que lo que persigue es la prescripción de la infracción; afirma que es evidente la vinculación entre las acciones denunciadas. Por último, razona que no cabe achacar a la resolución falta de motivación, como revela la descripción de los puntos de hecho y jurídicos en los que se sustenta, para despejar toda duda sobre el vicio denunciado.

TERCERO .- Vayamos primero con la caducidad que se imputa al procedimiento sancionador.

Tras la recepción de las quejas y denuncias tanto de particulares como de diversas organizaciones de defensa de los consumidores detalladas en los folios 2 al 66 de la resolución impugnada, el 21 de mayo de 2015, se incoó por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el expediente sancionador que fue notificado a la entidad el 25 de ese mes. El expediente concluyó con la notificación de la resolución sancionadora el 17 de mayo de 2016.

Las fechas revelan que el procedimiento duró menos de un año pero más de seis meses, que es el límite temporal que pretende aplicar la actora de conformidad con el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 .

Señala el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 , sobre las consecuencias del incumplimiento de dictar resolución expresa en plazo que, no podrá "exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.", y el 44.2 anuda al exceso de duración del plazo del procedimiento sancionador como consecuencia directa su caducidad.



No obstante, la pretensión de la actora no puede prosperar puesto que en este caso sí existe una norma específica que establece una mayor duración del procedimiento sancionador. Así se recoge en el artículo 115 de la Ley 34/1998, que lo fijaba en un año en el momento en que se inició el procedimiento. Este plazo que se extendía a los 18 meses en el caso de infracciones muy graves y graves en el sector eléctrico de conformidad con el artículo 79 de la Ley 24/2013. Aunque no es aplicable los hechos enjuiciados, porque entró en vigor la reforma el día 23 de mayo de 2015, es decir dos días después de que ya se hubiera iniciado el procedimiento sancionador que aquí nos ocupa, el artículo 5.6, la Ley 8/2015, de 21 de mayo, extendió este plazo también a los 18 meses.

De lo que no cabe dudas, a la vista del régimen jurídico aplicable, es que el límite temporal para concluir el procedimiento sancionador en el momento que nos ocupa era de un año completo, no de seis meses como pretende la actora.

CUARTO .- En segundo lugar, abordaremos la queja relativa a la calificación de la infracción como continuada.

El acuerdo sancionador apreció la existencia de infracción continuada de conformidad con lo establecido en artículo 4.6.2º del Real Decreto 1398/1993, por el que se aprobó el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

La resolución valoró este extremo tras valorar el concurso de varias circunstancias:

"1) Existe una pluralidad de hechos diferenciales: En concreto, se han recibido 38 denuncias relativas a la actuación de GALP en lo relativo a la contratación y la atención a clientes en gas y en electricidad.

2) Dolo unitario, unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones: Las anteriores denuncias, aunque con origen en diversas fuentes (la propia Comisión, órganos ministeriales, distintos órganos de las Comunidades Autónomas, etc.) tienen en común el referirse a una contratación irregular o fraudulenta, mediante engaño, así como sucesivas actuaciones de GALP tendentes a dilatar las consecuencias de tal irregular contratación, con un incorrecto funcionamiento del servicio de atención al consumidor.

3) Coincidencia en coordenadas espacio-temporales próximas: Las actuaciones infractoras tienen lugar en fechas definidas (en esencia, las denuncias se presentaron a mediados de 2012, aunque sus efectos se prolongaron hasta 2013).

4) Unidad del precepto sancionador violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas: El precepto violado es, en el caso del gas natural, el artículo 110.u) de la Ley 34/1998, y en el caso del sector eléctrico, el artículo 61.a) 23 de la Ley 54/1997. Ambos preceptos se refieren, en esencia, a la adecuada protección del consumidor, lo cual incluye su derecho a la elección del suministrador y el correcto funcionamiento del servicio de atención al cliente. De ese modo, el bien jurídico protegido es el mismo en ambos sectores (gas y electricidad).

5) Unidad de sujeto activo: La conducta resulta imputable a GALP ENERGÍA.

6) Homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines: Según lo indicado, el modus operandi de GALP ENERGÍA se caracterizó por la contratación de modo irregular, sin que GALP haya aportado soporte documental de tal supuesta contratación en ciertos casos, o proporcionando un soporte que no resulta indubitado, a lo que se añade la falta de adecuada atención a las reclamaciones de los consumidores, remitiéndolos, en ciertos casos, a números de pago, y dilatando excesivamente la solución a dicha irregular contratación."

El acuerdo sancionador es el resultado de una valoración correcta de las circunstancias que concurrieron en la conducta imputada a la entidad, y no es ni irrazonable ni contrario a la jurisprudencia que en torno a la continuidad de las infracciones ha ido elaborando nuestro Tribunal Supremo. Basta con recordar lo dicho por la sentencia de 4 de noviembre de 2013, casación 251/2011 FJ 5º "A diferencia de la infracción continuada que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos, la infracción permanente no requiere un concurso de ilícitos, sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta."

QUINTO .- Resta por examinar la falta de motivación de la infracción del sector eléctrico calificada como grave. Este punto, coincide sustancialmente con lo que ya instó ante la CNMC en el trámite de alegaciones, algunas parte son reiteración mimética.

Tras las comprobaciones llevadas a cabo a raíz de las denuncias formuladas, el órgano regulador constató la realización de varias prácticas consistente en la obtención del consentimiento de clientes para la contratación



mediante métodos abusivos o fraudulentos; el cambio de suministrador a su favor mediante contratos en los cuales no queda acreditado el consentimiento del consumidor; la emisión de una factura a un consumidor sin aportar el correspondiente contrato de suministro; la falta de prestación del correcto servicio de atención al cliente; la falta de atención de peticiones de desistimiento del contrato formuladas por clientes tras conocer la irregular contratación; el dilatar de forma injustificada la desactivación del cambio, de modo que los clientes tardaron meses e incluso más de un año en ciertos casos, hasta la solución definitiva; la remisión de los clientes a teléfonos de pago, cuando ya era exigible poner a su disposición teléfonos gratuitos; y el no resolver eficazmente reclamaciones planteadas por clientes.

Coincide la Sala con la calificación y valoración de la resolución sancionadora, ya que los extremos relatados no parecen una simple irregularidad. Como se apunta, los casos de engaño o de manipulación de firma exceden con creces de simples incumplimientos formales o de carácter leve. Del mismo modo, no puede considerarse que la ausencia de contrato, unida a la denuncia del cliente sobre la falta expresa de contratación también pueda reputarse como simple cuestión formal, y no como la deliberada actuación de facturar un servicio ni demandado ni pedido por el cliente.

Como tampoco parece simple irregularidad no atender puntualmente las solicitudes de baja, la falta de solución de reclamaciones, o la falta de entrega de contratos solicitados por los consumidores. Y para toda la resolución de las quejas, GALP remitió a consumidores eléctricos a teléfonos de pago en contra de lo establecido por la Ley.

Las conductas descritas supusieron una grave transgresión de los derechos que los consumidores tienen reconocidos en los entonces artículos 44.2 y 45.1 l) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, hoy artículos 44 y 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Por ello, la calificación de la infracción en los términos del artículo 61.a) 23 de la Ley 54/1997, fue ajustada a derecho.

SEXTO - lo dicho nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por GALP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. contra la resolución de 12 de mayo de 2016 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia con expresa condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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 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.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.