



Roj: **SAN 1140/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1140**

Id Cendoj: **28079230042020100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/02/2020**

Nº de Recurso: **137/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000137/2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01490/2017

Demandante: ENDESA ENERGÍA SAU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil veinte.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el número 137/17, interpuesto por la entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U representada por el Procurador D. Iñigo María Muñoz Durán y asistida de Letrado, 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.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por la entidad recurrente expresada 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 17 de marzo de 2017, y con reclamación del expediente administrativo.



2. 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 31 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.

Que, de manera subsidiaria y para el supuesto improbable de que por la Sala se considerase la actuación de mi representada acreedora de una tipificación y sanción por vulneración de la normativa vigente del sector eléctrico, se acordase la imposición de una sanción correspondiente a la escala prevista para las infracciones leves, en su importe mínimo .>>.

3. La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 26 de junio de 2017, interesando la desestimación del presente recurso.

4. Acordado 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 12 de febrero de 2020, fecha en que tuvo lugar.

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

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^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. ENDESA ENERGÍA 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.

La Resolución impugnada impone a la recurrente una sanción de 20.000 euros por la comisión de una infracción tipificada como leve en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

2. La incoación del procedimiento sancionador fue consecuencia de la denuncia del consumidor afectado, presentado en el Registro de la CNMC, el 8 de abril de 2015, poniendo de manifiesto los siguientes hechos:

- Que tenía formalizados contratos de gas y electricidad con Gas Natural Fenosa.
- Que en visita domiciliaria de 30 de junio de 2014 de un supuesto empleado de dicha compañía permitió la visualización de una factura y su DNI para un supuesto problema de contadores.
- Que en diciembre de 2014 y pasados varios meses sin recibir facturas de suministro, se puso en contacto con su empresa suministradora (Gas Natural Fenosa) que le informó que ya no suministraba a su vivienda.
- Que ese mismo día, en contacto telefónico con ENDESA ENERGÍA, SAU se le informó de la existencia de sendos contratos con dicha compañía.
- Que en ese momento manifestó no haber tramitado ni autorizado la tramitación en su nombre del cambio de suministrador y reclamó copia del original del contrato, así como la reversión del suministro con la compañía inicial.

Acompañaba a su escrito de denuncia copia de varias comunicaciones de ENDESA en relación con reclamaciones previas del interesado.

Desde la CNMC se solicitó a ENDESA información sobre la reclamación presentada, que afectaba a un domicilio sito en Zaragoza, recibándose comunicación de ENDESA indicando lo siguiente:

- Que el denunciante había formalizado de forma presencial el contrato de suministro de electricidad y de gas natural con ENDESA ENERGÍA en fecha 11 de julio de 2014.
- Que con ocasión de dicha contratación se generó contrato de luz nº 12012205656, que estuvo en vigor desde 12 de agosto de 2014 hasta 6 de abril de 2015. Asimismo se generó contrato de Gas Natural nº 12012207195 en vigor desde el 1 de agosto de 2014 y que seguía en vigor.
- Que sin perjuicio de ello, con ocasión de la reclamación presentada, por diferencia comercial, se procedió a anular el cobro de las facturas de suministro electrónico emitidas durante la vigencia del contrato de electricidad y no abonadas, así como a tramitar la devolución de las que sí fueron pagadas, si bien tal devolución no ha podido completarse por desconocimiento de la cuenta bancaria para el ingreso.
- Que en lo relativo al contrato de gas seguía activo en tanto el consumidor decida tramitar el cambio.



Tras la realización de las comprobaciones previas que se entendieron pertinentes se dictó acuerdo de incoación siendo los hechos concretos imputados "la presunta activación, sin consentimiento del consumidor, de contrato de suministro eléctrico relativo al CUPSES00313005357720148HOF, situación que, indiciariamente, se habría mantenido, al menos, entre el 12 de agosto de 2014 y el 6 de abril de 2015".

Tales hechos se consideraban inicialmente constitutivos de la infracción antedicha y, tras el pertinente trámite de alegaciones se dictó, con fecha 18 de octubre de 2016 propuesta de Resolución y, por último, después de los trámites pertinentes se dictó la Resolución sancionadora que constituye el objeto de la presente impugnación.

3. En la resolución de la CNMC se contiene la siguiente relación hechos probados:

"Primero. - ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a activar el contrato de suministro de electricidad..., el 12 de agosto de 2014, sin haber efectuado previamente un adecuado control o comprobación del efectivo otorgamiento del consentimiento a la contratación por parte del titular del punto de suministro. La fecha de activación ha sido reconocida por ENDESA en sus alegaciones y figura, asimismo, en la documentación obrante a los folios 20 y 21. La inexistencia de un adecuado control previo para la comprobación del consentimiento se desprende asimismo de las alegaciones de ENDESA. En particular, ENDESA no practicó comunicación de bienvenida al consumidor, ni efectuó llamada de comprobación y control, pese a que entre la documentación empleada en la supuesta contratación no figuraba el anverso del DNI del consumidor con su firma.

Segundo.- ENDESA procedió más tarde, y no de forma inmediata, sino con posterioridad a la apertura de diligencias previas por parte de la CNMC, a anular el cobro de las facturas no abonadas por el consumidor afectado y a tramitar la devolución a su favor del importe de las que sí fueron pagadas, siendo el importe total de estas últimas de 221,38 euros. Así se comunicó por ENDESA a la CNMC en el curso de las diligencias previas, indicándose que ello se hizo por deferencia comercial, y así se reitera en el escrito de alegaciones al acuerdo de incoación".

La CNMC considera que los anteriores "hechos" son constitutivos de una infracción del artículo 66 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico que contempla entre las infracciones leves, en su apartado 4, "El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes".

En la propia resolución impugnada se hace también referencia al artículo 46 de la propia Ley, en relación a las obligaciones de los comercializadores, en su apartado g) que contempla la de "Formalizar los contratos de suministros con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación...".

4. En la propia resolución impugnada se argumenta, entre otras cosas, lo siguiente:

"Es evidente que en el presente caso, ENDESA, dando por cierta, sin las adecuadas comprobaciones adicionales, la voluntad de contratación de un supuesto cliente a partir de los datos que le proporciona un agente comercial, procedió a la activación del contrato de suministro y a la generación de facturas, sin practicar previamente el necesario control para la comprobación de la efectiva voluntad de cambio del consumidor a favor de la comercial ENDESA. No efectuó comunicación directa con dicho consumidor, ni telefónicamente, ni mediante comunicación escrita, a pesar de que entre la documentación contractual de la que ENDESA disponía no estaba el anverso de DNI del supuesto cliente, y no le resultaba posible, por ello, previo contraste de firmas, confirmar la veracidad de la contratación.

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.

Alega ENDESA que no existe conducta antijurídica porque existió una contratación válida, por la concurrencia de consentimiento objeto y causa, elementos esenciales del contrato según el artículo 1261 del Código Civil.

No obstante, la Sala no coincide con ENDESA acerca de la concurrencia del primero de tales requisitos (el consentimiento del consumidor), ya que la misma sociedad ha reconocido en otros apartados de su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación que activó el contrato a la vista de una documentación que «tenía apariencia de veracidad». La instrucción del procedimiento ha puesto de manifiesto que la inicial apariencia de validez de la documentación aportada resultaba dudosa desde un principio y, en cualquier caso exigía, al menos, la confrontación de la firma con la que figura en el duplicado del DNI del que ENDESA no dispuso hasta que el propio consumidor se lo facilitó en el curso de su reclamación.

Es esta dejación u omisión de control, previa a los trámites de activación del contrato, incurre en el ilícito administrativo previsto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 diciembre, del Sector Eléctrico.

La protección que el precepto pretende, al exigir al comercializador el estricto cumplimiento de los «requisitos de contratación y apoderamiento con el cliente», abarca, entre otros posibles supuestos, aquellos en que existiendo duda razonable acerca de la personalidad del cliente o acerca del correcto otorgamiento del

consentimiento por parte de éste, tales dudas pueden ser solventadas mediante controles. Entre ellos, el contacto directo de la comercializadora con el cliente, con carácter previo a la activación del contrato, aparece como el más obvio, y potencialmente más eficaz modo de comprobación de la correcta actuación en la captación del cliente, y de la veracidad de la documentación recibida por la comercializadora.

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».

No pueden aceptarse asimismo las explicaciones proporcionadas por ENDESA en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

La instrucción ha puesto de manifiesto la existencia de indicios suficientes acerca de la falta de diligencia de ENDESA para comprobar la prestación de consentimiento del cliente. Según lo indicado, el que tal contratación se haya efectuado a través de un agente comercial no excluye la responsabilidad de ENDESA, a pesar de que esta última insinúe que así sería. La denuncia presentada ante la CNMC incluye una detallada narración de hechos de absoluta verosimilitud. En particular, el consumidor manifestó que el agente comercial que se personó en su domicilio se hizo pasar por empleado de otra compañía eléctrica. «para una explicación relacionada con un problema de contadores». Frente a ello, ENDESA, sin desmentir esos hechos, se acoge únicamente a la apariencia de veracidad de la contratación efectuada por la empresa que actuó como agente comercial. Sin embargo, la copia del DNI de que disponía ENDESA en el momento de la contratación no estaba completa, al faltar el anverso, parte esencial del documento para la comprobación del consentimiento en cuanto contiene la firma. Además, el contrato con el consumidor está fechado en un momento distinto al de la visita comercial que indica la denuncia, sin que ENDESA haya proporcionado una explicación satisfactoria al respecto. Junto a ello, la propia ENDESA ha reconocido en su escrito que "no ha sido posible localizar la llamada de verificación" a efectos de comprobar el consentimiento, y tampoco remitió una comunicación de bienvenida al cliente. En contra de lo que señala ENDESA, no cabe excluir su responsabilidad por el hecho de que el consumidor haya abonado las facturas. La propia denuncia señala que el pago se hizo «por miedo a un corte de los suministros», siendo tal explicación del consumidor perfectamente verosímil. En esa medida, en nada afecta a los hechos que el pago por el cliente se haya efectuado de modo fraccionado. Por último, como es obvio, el que ENDESA disponga de un sello de calidad en el proceso de captación de clientes expedido por una entidad certificadora no excluye su responsabilidad en esta concreta contratación.

En definitiva, la instrucción practicada acredita que en el presente caso tuvo lugar, si bien de manera ocasional y aislada, una infracción de ENDESA que se circunscribe a la efectiva comprobación de consentimiento para la contratación.

También se razona sobre la culpabilidad y, rechazando las alegaciones de la hoy actora, entiende que:

"Hay negligencia culpable en la aceptación de una documentación escrita (no entregada presencialmente a ENDESA por el sujeto) y en la correlativa presunción de que se ha otorgado el consentimiento por la persona cuyos datos figuran en dicha documentación, cuando no se ha entablado ninguna clase de contacto directo con dicha persona, y ni tan siquiera se dispone de copia completa del DNI como elemento de contraste de la firma que figura en aquella documentación".

5. 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.

En la demanda también se afirma que en el caso que nos ocupa consta que fue la empresa Electricidad Alonso la que recabó los datos de D. Carmelo que contrató con ENDESA ENERGÍA el suministro de energía eléctrica en un punto de suministro específico. Subraya que dicho contrato contiene datos personales del denunciante y técnicos de la vivienda que es imposible conocer si no fueron facilitados por el interesado. En concreto, el contrato contiene el nombre y apellidos del denunciante, número de DNI, su dirección postal y el punto de suministro, el código universal del punto de suministro, número de teléfono móvil así como el número de cuenta bancaria. Asimismo se acompañaba copia del DNI facilitado por el propio denunciante en el momento de la contratación. También subraya que si bien ENDESA no tramitó directamente el alta de contrato de suministro, sino que procedió a dar debido cumplimiento a su procedimiento interno de control de calidad y por ello, tiempo después de la visita domiciliaria, le consta que se realizó una llamada al interesado a efectos de verificar su identidad y el consentimiento para la contratación, si bien no ha sido posible su localización y por ello no ha podido aportarla.

El contrato de suministro eléctrico estuvo en vigor casi ocho meses, causando baja por cambio de comercializadora a solicitud del reclamante y dando lugar a la emisión de cuatro únicas facturas de electricidad. Además una vez el contrato se encontró de baja, ENDESA, por deferencia comercial, procedió a condonar el importe de las cuatro únicas facturas emitidas por el suministro eléctrico que fue efectivamente prestado al denunciante, no requiriéndole el pago de los importes de dos facturas que no habían sido abonadas y devolviéndole mediante transferencia bancaria el importe total de las otras dos facturas que sí fueron pagadas.

6. Sobre la base de lo anterior en la demanda se alega, como primer motivo de recurso, la vulneración de los principios de antijuricidad y culpabilidad.

En segundo término se alega vulneración de la doctrina de los actos propios.

En tercer lugar vulneración de la doctrina de los actos propios y una aplicación desigual de actos similares que puede entenderse como arbitrariedad.

Por último, y subsidiariamente, se cuestiona la cuantificación de la sanción impuesta y se alega también vulneración del principio de motivación y del principio de proporcionalidad.

7. El artículo 66 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico considera como infracción leve, en su apartado 4, "El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes".

No cabe duda, en efecto, que la primera y primordial exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor, exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente.

Así el artículo 44.1 c) de la propia LSE señala el derecho del consumidor a elegir su suministrador. Y el artículo 46 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".

Por lo tanto corresponde al comercializador comprobar la identidad y la adecuada prestación del consentimiento por parte del consumidor, en todo caso; tanto es el consumidor contrata directamente con la sociedad comercializadora, como si el contacto se produce a través de una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado, como ocurre en este caso, la captación de clientes.

Considera la CNMC que en este caso ENDESA, dando por cierta, sin las adecuadas comprobaciones adicionales, la voluntad de contratación de un supuesto cliente a partir de los datos que le proporciona un agente comercial, "procedió a la actividad del contrato de suministro y a la generación de facturas, sin practicar previamente el necesario control para la comprobación de la efectiva voluntad de cambio del consumidor a favor de la comercial. No efectuó comunicación directa con dicho consumidor, ni telefónicamente, ni mediante comunicación escrita, a pesar que entre la documentación contractual de la que ENDESA disponía no estaba



el anverso del DNI del supuesto cliente, y no le resultaba posible, por ello, previa contraste de firmas, confirmar la veracidad de la contratación".

En definitiva, la CNMC considera, al igual que hiciera en la Resolución administrativa impugnada en el recurso nº 135/2017 por la que también se impuso a la misma recurrente sanción por la misma infracción, 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.

Pues bien, de nuevo la Sala no comparte los argumentos de la Resolución impugnada para imponer la sanción y, por el contrario, considera, al igual que hiciéramos en nuestra SAN de 3 de julio de 2019, resolutoria de aquel otro recurso interpuesto por la misma recurrente, 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.

Y a dicha conclusión llegamos valorando las concretas circunstancias fácticas que concurren en este caso concreto. En este caso constatamos que desde un principio hubo documentación escrita y firmada por el consumidor entre la que por relevancia ha de destacarse el D.N.I. cuya fotocopia obra en el expediente junto con el contrato firmado hasta en cuatro ocasiones; todo lo cual evidencia que ENDESA empleó una diligencia razonable al comprobar la identidad y el consentimiento de la persona que figuraba como titular del contrato, sobre la base de la documentación contractual aportada así como la copia del reverso del DNI en la que figuraban datos suficientes para verificar la identidad de quien contrataba, al dar de alta el contrato de suministro de actual referencia. Documentación que, por lo demás, en ningún momento se ha demostrado que fuese falsa, como tampoco las firmas que figuran en el contrato del propio consumidor.

De lo anterior deriva la estimación del recurso con la paralela anulación de la Resolución impugnada por su disconformidad a Derecho.

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

FA LLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **137/2017** interpuesto por la representación procesal de 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, que anulamos por su disconformidad a Derecho.

Con 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.