



Roj: **SAN 896/2021 - ECLI:ES:AN:2021:896**

Id Cendoj: **28079230042021100080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/03/2021**

Nº de Recurso: **149/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000149 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01607/2017

Demandante: GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

Madrid, a diez de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **149/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.**, representada por la Procuradora D^a Ana Llorens Pardo y asistida de Letrado, contra la Resolución de fecha 12 de enero de 2017, dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que resolviendo el procedimiento sancionador SNC/DE/024/16 que le fue incoado por el incumplimiento de las obligaciones de contratación y apoderamiento con los clientes, se le declara responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, imponiéndole la sanción consistente en el pago de una multa en el importe de 10.000,00 €.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 21 de marzo de 2017 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 23 de marzo de 2017, y con reclamación del expediente administrativo .

SEGUNDO.- 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 13 de septiembre de 2017, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: <<...que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, tener por formulada demanda de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 12 de enero de 2017 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el procedimiento SNC/DE/024/16 y, ordenado el procedimiento por todos sus trámites, se acuerde estimar el recurso, declarando la nulidad de pleno derecho de la citada resolución por inexistencia de infracción dejando sin efecto la sanción impuesta o, de forma subsidiaria, la reducción de la misma en atención a lo dispuesto en el fundamento jurídico material tercero y cuarto del presente escrito.>>.

CUARTO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 4 de octubre de 2017, interesando la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Fijada la cuantía del procedimiento en 10.000 euros y concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2021, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Santos Honorio de Castro García, quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la mercantil GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. (en adelante GNS) impugna en este proceso la Resolución de fecha 12 de enero de 2017, dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que resolviendo el procedimiento sancionador SNC/DE/024/16 que le fue incoado por el incumplimiento de las obligaciones de contratación y apoderamiento con los clientes, se le declara responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, imponiéndole la sanción consistente en el pago de una multa en el importe de 10.000,00 €.

SEGUNDO.- Como hechos relevantes, a los efectos de resolver el presente litigio, cabe señalar los siguientes:

1º) El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de una información remitida por la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Madrid a la CNMC, practicándose diligencias previas en las que se recogía:

" El 17 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Madrid, al que se acompañaba denuncia del consumidor afectado, en la que se ponía de manifiesto que dicho consumidor había tenido conocimiento de haber sido cambiados sus suministros de electricidad y gas en favor de la sociedad Gas Natural Servicios SDG. S.A., indicando dicho consumidor no haber dado consentimiento ni suscrito contrato alguno con la mencionada sociedad.

A la vista de la información recibida, desde la Dirección de Energía de la CNMC se solicitó a Gas Natural Servicios SDG información sobre la reclamación indicada, la cual afectaba al CUPS de gas... y al CUPS de electricidad..., correspondientes ambos a un mismo domicilio en la localidad de Madrid, recibándose, tras varias gestiones informales, comunicación de fecha 14 de julio de 2015 de la Oficina de Garantía de Servicio al Cliente de Gas Natural Servicios SDG, mediante la que se indicaba lo siguiente:

"Los días 1 y 17 de octubre de 2014 quedaron activos, respectivamente, los contratos de suministro de gas y electricidad de la calle..., así como los servicios de mantenimiento "ServiGas" y ServiElectric. En fecha 21 de octubre de 2014 cliente se pone en contacto con el servicio de atención al cliente, y... reclama sobre la contratación. En esta reclamación gestionan la vuelta de los contratos a su anterior comercializadora. En fecha 13 de enero de 2015 quedó finalmente inactivo el contrato de electricidad. En fecha 3 de diciembre de 2014 se recibe expediente de la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Madrid... en la cual se bloquea la facturación del suministro de gas a fin de que no se le facture. Actualmente, el contrato de suministro de gas sigue activo pero se está gestionando la inactivación del mismo y la vuelta a su anterior comercializadora."

Asimismo, mediante comunicación informal posterior, tras solicitarse por la CNMC información acerca de si, respecto al contrato de electricidad, **se ha facturado al consumidor por el período entre el 17 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015**, Gas Natural Servicios SDG indica que, en cuanto a electricidad, no se le ha generado ninguna factura, y que está todo anulado ".



2º) Con fecha 6 de mayo de 2016 el Director de Energía de la CNMC, en el ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, acuerda la incoación del procedimiento sancionador, al apreciar un presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, en relación a la actuación desarrollada respecto al consumidor denunciante que se identifica en cuanto al suministro de electricidad: " *la presunta activación, sin consentimiento del consumidor, de contrato de suministro eléctrico..., situación que, indiciariamente, se habría mantenido, al menos, entre el 17 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015*". Se consideraba que tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, podían calificarse conforme a la infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que tipifica el " *incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los Clientes*".

3º) El día 8 de junio de 2016 se presenta escrito de alegaciones, con un contenido similar a las que se aducen en el escrito rector de este proceso.

4º) Se dicta al final, por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, la Resolución de fecha 12 de enero de 2017, por la que se declara a GNS responsable de una infracción leve prevista en el artículo 66.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, imponiéndole la sanción consistente en el pago de una multa de 10.000,00 €.

En la citada resolución se consideran probados los siguientes hechos:

" **PRIMERO.- Gas Natural Servicios SDG procedió a activar el contrato de suministro de electricidad del CUPS... el 17 de octubre de 2014, sin que previamente concurriera el otorgamiento del consentimiento para la contratación de parte del titular del punto de suministro.**

SEGUNDO.- Gas Natural Servicios SDG, tras la reclamación recibida del consumidor de fecha 21 de octubre de 2014 relativa a su no prestación de consentimiento a tal contratación, procedió a iniciar los trámites para rectificar la activación del contrato, emitiendo facturas de anulación de las inicialmente emitidas, y restituyendo finalmente al consumidor a su anterior comercializadora, efecto este último que se produjo en fecha 13 de enero de 2015.

Los dos hechos anteriores han sido reconocidos por Gas Natural Servicios SDG, tanto a través del escrito remitido por su Oficina de Garantía de Servicio al Cliente (ver folio 8 del expediente administrativo), como a través del escrito de alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento (ver, en particular, folios 19 a 21 del expediente administrativo). Asimismo, estos hechos resultan de la factura negativa expedida por Gas Natural Servicios SDG al consumidor (ver folio 52 del expediente), a los efectos de proceder a la devolución de las cantidades inicialmente facturadas como consecuencia de la activación del contrato."

Se considera que tales hechos son constitutivos de la mencionada infracción leve prevista en el artículo 66, apartado 4º de la Ley 24/2013, consistente en "[e]l incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes"; **en particular, la falta de verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor para la formalización del contrato.**

Se hace también referencia al **artículo 46 del mismo texto legal**, que entre las obligaciones de los comercializadores contempla, en su apartado g), la de "[f]ormalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación."; y asimismo el artículo 44.1, letras e) y d), en que se reconoce el derecho del consumidor a "e legir suministrador" y a "formalizar... un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad".

Se argumenta en la resolución que:

" *Corresponde, así, 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, tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado la captación de clientes.*

Gas Natural Servicios SDG procedió a la activación del contrato de suministro correspondiente al CUPS... sin que mediara el consentimiento del consumidor, sin perjuicio de que, posteriormente, y ante la queja del mismo, procediera a corregir su actuación.

De este modo, no pueden admitirse los argumentos expuestos por Gas Natural Servicios SDG en su escrito de alegaciones al Acuerdo de incoación en el sentido de que su conducta no puede subsumirse en el tipo infractor indicado por dos motivos: i) que la documentación aportada por la empresa contratada tenía apariencia de validez, y se habían cumplido los controles de calidad de contratación establecidos por Gas Natural Servicios



SDG; ii) que el contrato no puede considerarse activado, por no haber desplegado consecuencias jurídicas para el cliente (no se factura y no se cobran importes) y por haberse restituido al cliente a la situación inicial.

En cuanto al primero de estos motivos, ha de señalarse que, tras la reclamación del cliente de 21 de octubre de 2014, Gas Natural Servicios SDG contacta el 24 de octubre de 2014 con él, y éste responde el 25 de octubre de 2014 manifestando no haber otorgado consentimiento ni firmado contrato, y con fecha 29 de octubre se procede por GNS a anular las facturaciones. Resulta evidente que en tan breve plazo de tiempo Gas Natural Servicios SDG pudo practicar las comprobaciones que le llevaron a la decisión casi inmediata de dar por no válida la supuesta contratación; obviamente, si hubiera practicado las mismas comprobaciones tras recibir la documentación inicial de la contrata COPRINSA, hubiera podido (en el breve plazo de nueve días que consumió en tales comprobaciones) llegar a la misma conclusión de que el consentimiento no había sido otorgado, y consecuentemente no habría llegado a producirse la activación del contrato firmado el 25 de septiembre de 2014, activación que se produjo el 17 de octubre de 2014.

Cualquiera que haya sido el elemento de convicción que llevó a Gas Natural Servicios SDG a considerar inválida la contratación tras recibirse la queja del consumidor, es evidente que tal elemento de convicción podría haber sido alcanzado igualmente antes de proceder a la activación, si se hubiera procedido anteriormente a la misma comprobación que luego se hizo.

En cuanto al segundo de los motivos, ha de indicarse que el contrato de suministro con Gas Natural Servicios SDG se activó, y dio lugar a facturaciones, posteriormente anuladas. La rectificación de Gas Natural Servicios SDG, y posterior restitución del cliente a su comercializadora de origen, se produjeron a posteriori, y previa reclamación directa del cliente de fecha 21 de octubre de 2014, cursada por éste cuando tuvo conocimiento, a través de la carta de bienvenida de Gas Natural Servicios SDG, del cambio de suministrador, ya operado. Es obvio, pues, que el comportamiento de Gas Natural Servicios SDG sí tuvo efectos jurídicos, aunque dicha sociedad procediera después a corregir dichos efectos, y a restituir al consumidor a su situación inicial, sin coste para éste."

En lo que hace al **requisito de la culpabilidad**, se razona:

" 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 44.1.c) de la Ley 24/2103). **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.**

Gas Natural Servicios SDG **ha optado por externalizar la captación de clientes**. Expone que ha implementado en su contrato con la sociedad intermediaria (en este caso, COPRINSA) una serie de medidas para asegurar el control de calidad en la captación de clientes, y afirma que, respecto del CUPS..., "La documentación aportada tiene apariencia de veracidad y no hay indicios que puedan hacer suponer a esta parte que se trata de una contratación sin consentimiento del titular" (folio 20 del expediente administrativo).

Sin embargo, los hechos probados evidencian el comportamiento negligente: Gas Natural Servicios SDG dio por buena una información con "apariencia de veracidad" y dio por supuesto el otorgamiento del consentimiento hasta la recepción de la queja del consumidor, cuando el contrato ya estaba activado.

Concurre, por tanto, culpabilidad en la actuación seguida por Gas Natural Servicios SDG."

(...)

Así pues, lo que toca en este punto es examinar la actuación seguida por Gas Natural Servicios SDG y confrontarla con la diligencia que habría de seguir un comercializador en la captación del consentimiento de sus clientes.

Pues bien, resulta que Gas Natural Servicios SDG toma la decisión de contratar con un tercero (COPRINSA) la captación de sus clientes, y establece con el mismo una campaña... que implica dirigirse al mercado de clientes residencial de una forma presencial, en su domicilio. En este contexto, Gas Natural Servicios SDG entrega a COPRINSA el plan comercial a ejecutar, y dispone el pago de un precio a esa empresa en función de la captación de clientes que aquélla realice.

Gas Natural Servicios SDG es consciente de que, como consecuencia de la captación de clientes a través de COPRINSA, podrán producirse casos de "Contratación Indevida", de "Malas Prácticas Comerciales" o de incumplimiento... sobre... defensa de consumidores", circunstancias que expresamente contempla en el contrato con COPRINSA... Se trata, por tanto, de **supuestos que Gas Natural Servicios SDG asume que se producirán, y ante los que Gas Natural Servicios SDG opta por prever la imposición de unas penalizaciones a COPRINSA** (penalizaciones consistentes, en realidad, en una reducción -que será del 5% ó del 10%, según el caso- del precio



facturado por COPRINSA a Gas Natural Servicios SDG en el mes de que se trate;... y opta por prever, caso de que hubiere sanción administrativa, la repercusión de la misma a COPRINSA...

Es evidente que Gas Natural Servicios SDG es consciente de que el sistema de captación del consentimiento que ha previsto (utilizando una contrata a la que retribuya un precio en función de suministro conseguido) puede implicar consecución de clientes sin su consentimiento, y, ante ello, lo que prevé Gas Natural Servicios SDG, básicamente, es cubrirse de las consecuencias que ello le ocasione, pero -más allá de realizar esa labor de control de la apariencia de consentimiento que antes se ha comentado (y que consiste en atenerse a la propia documentación aportada por la contrata, o las grabaciones de comprobación realizadas por la misma contrata)- **Gas Natural Servicios SDG no realiza un control general de las contrataciones remitidas por la contrata** (control que, de una forma efectiva, pueda evitar o impedir que se activen los contratos en los que se hayan producido esas prácticas que se prevé tendrán lugar).

La importancia que la Ley 24/2013, en coherencia con la Directiva 2009/72/CE, da a los denominados "derechos de los consumidores" implica extremar las cautelas a adoptar por parte de las empresas comercializadoras, en particular cuando se opta por involucrar prácticas de captación de clientes a través de terceros que cobran en función de resultados. ...".

TERCERO.- Se ejercita en el presente proceso una pretensión anulatoria en relación a la mencionada Resolución de 12 de enero de 2017 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impuso a la recurrente la sanción consistente en el pago de una multa de 10.000,00 €, por la comisión de una infracción leve de conformidad con el artículo 66.4 Ley 24/2013, como consecuencia de haber incumplido las obligaciones de contratación y de apoderamiento con los clientes.

En pro de la misma se comienza en la demanda cuestionado la relación de hechos probados que contiene dicha resolución, considerándose que no se ha contextualizado adecuadamente la forma en que tiene lugar la comercialización de nuevos contratos y de captación de clientes para el mercado liberalizado llevada a cabo a través de empresas especializadas en marketing, prospección de mercados y captación de clientes, señalando que éstas empresas deben respetar los parámetros de calidad establecidos previamente por la actora. A este respecto, se llama la atención de que fue la empresa COPRINSA, S.A. quien se encargó de la formalización del contrato litigioso de suministro de energía eléctrica y de mantenimiento de las instalaciones de gas natural, razón por la que no cabe hacer a aquella responsable de la actuación llevada a cabo por un tercero, toda vez que hizo lo razonablemente exigible para garantizar el otorgamiento del consentimiento, estableciendo procedimientos de contratación exigentes; destacándose, en este sentido, que se realizó una formación adecuada sobre los productos y servicios y el cumplimiento de la política de seguridad y calidad en la contratación, que se incluyen en el documento contractual suscrito por las partes, describiéndose además las obligaciones del colaborador, el procedimiento de captación de contratos, así como la obligación de observar el código de buenas prácticas.

En este orden de cosas, advierte la demandante que se exigió un requisito adicional dirigido precisamente a asegurar y garantizar la voluntad del firmante, cual es que el contrato de suministro se entregase firmado y acompañado de la copia del DNI de la persona contratante -lo que no exige la normativa-; que, junto a la realización de una llamada de confirmación de la contratación por parte de COPRINSA, constituye un indicio suficiente de la existencia de dicha voluntad. Siendo así que en este supuesto se cumplieron todos estos requisitos previos, por lo que se entendió como válida y correcta la documentación que le fue presentada a la comercializadora.

Para demostrar la diligencia observada por la recurrente se hace la siguiente glosa de los hechos acaecidos: **con fecha 25 de septiembre de 2014** COPRINSA se encarga de la formalización del contrato, aportando a GNS la documentación comprensiva del contrato de suministro, una copia del DNI del firmante y la locución de confirmación -por lo que no había indicios para sospechar que se trataba de una contratación sin consentimiento del titular-; **el 21 de octubre de 2014** consta la reclamación del cliente en la que se indica que había recibido una carta de bienvenida y que no tenía constancia de la contratación -es en ese momento cuando se tiene el primer indicio, iniciándose entonces las acciones necesarias para restituir al cliente a su situación inicial-; **el 24 de octubre de 2014** se remite al cliente correo electrónico adjuntando copia de la documentación contractual con el fin de verificar su veracidad; **el 25 de octubre de 2014** el cliente contesta al correo electrónico, manifestando que las firmas no son suyas, agradeciendo la atención prestada; **el 29 de octubre de 2014** se anulan los servicios de mantenimiento Servigas y Servielectric, adjuntándose copia de las facturas que anulan la contratación; y, por último, en fecha **13 de enero de 2015**, tras la realización de tareas administrativas diversas que era preciso llevar a cabo, se retrotrae el contrato de suministro eléctrico a su anterior comercializadora, sin que se facture ningún importe al cliente desde octubre hasta enero -por lo que no se activó realmente el referido contrato, ni se han causado daños o perjuicios al usuario final-.



Tales hechos demuestran, a juicio de la parte demandante, que se llevaron a cabo todas las acciones previas establecidas en su procedimiento para garantizar las correctas contrataciones, realizando, una vez conocida la reclamación del cliente y su negación a la contratación, todas las acciones y tareas administrativas tendentes a restituirle a su posición inicial, procurando que las prácticas no consentidas realizadas por un tercero no tuvieran ninguna repercusión y no desplegando el contrato efectos jurídicos.

Partiendo de lo anterior y en lo que se refiere ya a los argumentos de carácter jurídico, se plantean en concreto los siguientes motivos:

a) Que la conducta de la demandante no puede subsumirse en el tipo descrito en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, pues no cabe atribuirle el incumplimiento de los requisitos de contratación o de apoderamiento de clientes toda vez que, por un lado, la documentación aportada por la empresa subcontratada tenía apariencia de validez y además se habían cumplido los controles de calidad, aunque fueran burlados cuando se suplanta la identidad del cliente haciendo creer que la contratación era correcta; y, por otro, el contrato no puede considerarse activado al no haber desplegado consecuencias jurídicas, ya que no se factura y no se cobraron al cliente los importes correspondientes, restituyéndosele a su situación inicial.

b) En ningún caso puede considerarse que su actuación fuese negligente, no concurriendo por tanto el necesario requisito de la culpabilidad, pues no era conocedora de la conducta presuntamente infractora, razón por la que no podría imputársele dolo o culpa en la comisión de los hechos descritos. Cita al respecto varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se recoge la doctrina sobre la necesidad de que el infractor haya actuado con conciencia y voluntariedad -entre ellas las de 6 de julio de 2010 y 23 de febrero de 2011-, que no cabe asimilar a la "*mera inobservancia*".

CUARTO.- En cuanto a la tipicidad de la conducta infractora, recuérdese que la resolución sancionadora califica los hechos objeto de sanción como una infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, en el que se tipifica "**[e]l incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.**"

Pues bien, las alegaciones de la demanda sobre este motivo -muy similares a las aducidas en el periodo sancionador- y haciendo ahora abstracción de si los hechos son o no imputables a la entidad recurrente -lo que veremos después-, no pueden llevar a considerar que se ha efectuado una incorrecta calificación de los hechos.

Ya se adelanta que la Sala comparte los razonamientos expresados en la resolución sancionadora para rechazar las similares alegaciones aducidas por la demandante en el procedimiento sancionador.

Así, en primer lugar, nótese que realmente no se cuestiona que el consumidor fue finalmente activado sin que mediara su consentimiento, lo que es ya suficiente para acreditar, objetivamente, el incumplimiento por la comercializadora de los requisitos de contratación, previsto en el tipo infractor.

En segundo lugar, en cuanto a que la documentación aportada por la empresa subcontratada tenía apariencia de validez, parece que se pretende es trasladar a la empresa subcontratada la condición de comercializadora que obviamente seguía ostentando la recurrente, con todas los derechos y obligaciones que comporta y entre ellas, precisamente, la de realizar las actuaciones necesarias para la comprobación previa del otorgamiento del consentimiento del cliente, siendo ella quien a la postre suscribe el correspondiente contrato. Ya explicaremos en el siguiente fundamento que la recurrente en realidad, y pese a lo que diga, no llegó a comprobar que existiera un consentimiento efectivo antes de la activación del contrato, toda vez que no realizó una labor autónoma respecto de la actividad llevada a cabo por COPRINSA hasta después de la activación del contrato, limitándose al examen de la documentación y de la grabación sonora que ésta le remitía. En cualquier caso, como se advierte en la propia resolución el tipo infractor imputado no consiste propiamente en la falta de realización por el comercializador de una labor de comprobación del consentimiento de los consumidores captado por sus contratados, sino en el incumplimiento del requisito de prestación del consentimiento por el consumidor como requisito principal para su contratación, aspecto cuya existencia no podrá cuestionarse; teniendo más que ver esa comprobación con el elemento subjetivo que trataremos en el siguiente fundamento jurídico.

En este mismo sentido y en tercer lugar, el hecho de que la recurrente gestione la captación de clientes a través de contratados sólo responde al modelo de organización elegido por la propia entidad, pero que no le hace ser ajena a las infracciones administrativas que puedan cometerse en la captación de clientes; y de ahí que incluso se previera en el contrato suscrito con COPRINSA que ésta se comprometía a hacerse cargo del importe de la sanción.

En cuarto lugar, no es cierto que el contrato no llegara a activarse o que no desplegara consecuencias jurídicas, pues, como se expresa en la misma resolución, el contrato sí se llegó a activar para el correspondiente punto de suministro entre el 17 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015 -durante casi tres meses-, sin que el usuario prestara su consentimiento; constando que se le facturó en ese periodo, bien que las facturas fueran



anuladas volviendo el consumidor con su anterior comercializador desde el 13 de enero de 2015, pero lo que no elimina la existencia de la infracción en tanto se dio por supuesto un consentimiento que realmente no existía, corrigiéndose la situación sólo después de la presentación de reclamaciones, aunque ello deba ser valorado -como así ha sido- en el momento de graduar la cuantía de la multa.

QUINTO.- En lo que hace al segundo motivo de la demanda, relativo a la ausencia de culpabilidad en la conducta de la entidad recurrente, recordábamos en la sentencia 3 de julio de 2019 dictada en el recurso nº 135/2017 - conociendo de la sanción impuesta a otra comercializadora por unos hechos similares a los aquí enjuiciados, si bien entonces se llegó a un fallo estimatorio-, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la STS de 24 de noviembre de 2011 (rec 258/2009) y del 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, conforme a la cual se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado sin acreditarse un grado mínimo de culpabilidad, aún 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 imputables a la conducta humana.

Así, 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 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".

Pues bien, centrándonos ya en el supuesto que nos ocupa, de nuevo la Sala ha de confirmar los razonamientos de la resolución sancionadora.

En efecto y como hemos anticipado, las circunstancias del caso contemplado -distintas a las del PO 135/2017 tramitado ante esta Sección en que recayó sentencia estimatoria de fecha 3 de julio de 2019- no permiten apreciar que la entidad recurrente empleara toda la diligencia que le era exigible en orden a comprobar si había mediado efectivamente en el contrato de referencia el consentimiento prestado por el consumidor, ya que, como se ha visto, se limitó examinar la documentación remitida por COPRINSA y a comprobar la existencia de una grabación sonora -no realizada por la Comercializadora-, sin realizar una labor propia y autónoma de comprobación hasta después de formularse la reclamación.

Es verdad que esta Sala ha estimado idónea la utilización de un procedimiento de control telefónico para acreditar la comprobación de la identidad y del consentimiento del interesado (Sentencias de la Sección 1ª de 23 de octubre de 2013 (recurso 406/2012) y 7 de febrero de 2014 (recurso 405/2012), y así también se puso de manifiesto en la sentencia anteriormente citada de esta Sección. Ahora bien, la grabación sonora practicada en el presente supuesto, además de ser " *inteligibles las preguntas hechas al consumidor por parte de COPRINSA, pero no las respuestas dadas por el consumidor a dicha empresa*", sucede que no fue practicada por Gas Natural Servicios SDG, sino que fue encargada a la propia contrata que gestionaba la captación del cliente cuya actuación era precisamente la que tenía que ser objeto de control. Ello supone que aquella no realizó en realidad la aludida labor de comprobación, al no hacer cuanto estaba de su mano para garantizar la existencia efectiva del consentimiento por parte del consumidor; no empleando, por tanto, la diligencia que le era exigible, en tanto encomendó dicha labor de comprobación a la misma entidad cuya actividad en relación a este aspecto tenía que ser controlada.

Adviértase que cuando en aquellas sentencias se llega a anular la sanción, se hace al estimarse idónea la llamada telefónica, como procedimiento de control de la existencia de consentimiento, pero partiendo de que la misma la efectúa la propia empresa distribuidora, lo que aquí como se ha visto no ha sido el caso.

Por otro lado, el contenido del contrato celebrado con COPRINSA revela que la recurrente está asumiendo la deficiencia de la solución adoptada respecto a la garantía de la prestación del consentimiento, consistente en la contratación de la actividad de captación de clientes con un tercero, ello cuando prevé unas penalizaciones sobre el precio facturado y la repercusión del importe de las sanciones, "cubriendo" de esta manera las consecuencias dañosas que puedan ocasionársele por una mala actuación en dicha actividad; mas como decimos sin realizar un control propio de las contrataciones que le son remitidas, más allá de comprobar los documentos y la existencia de la grabación realizados previamente por la propia la contrata.



Esto es, la recurrente no estableció ni llevó a cabo controles efectivos adicionales sobre los documentos y la grabación que le era remitida por COPRINSA -la tercera con la que había contratado la actividad de captación de clientes-, pues no realizó ella misma, siquiera, la llamada de comprobación que encomendó a esta entidad; no habiendo empleado, en definitiva, toda la diligencia que le era exigible.

Entre las obligaciones que le incumbían como comercializadora estaba precisamente la de comprobar la identidad y la voluntaria prestación del consentimiento por el consumidor, tanto si el contacto se hace directamente desde dicha comercializadora como si se produce a través una entidad intermedia a quien se haya confiado la captación de clientes; siendo el incumplimiento de dicha obligación la conducta infractora. Es verdad, por otro lado, que la demandante actuó con cierta prontitud una vez tuvo conocimiento de la reclamación; mas también lo es que pudo perfectamente adquirir la convicción sobre la falta de dicho consentimiento, antes de proceder a la activación del servicio, si hubiese actuado de manera diligente. A tales efectos no es suficiente dar por buena, sin más, la información que le suministraba la empresa tercera con supuesta "apariencia de veracidad", pues el hecho de que la captación de clientes se gestione a través de contratistas no hace que sean ajenas a la comercializadora las infracciones administrativas que puedan cometerse en el ejercicio de dicha actividad.

SEXTO.- Al respecto de cuanto venimos diciendo, es importante reparar en la importancia que tiene la comprobación de la prestación del consentimiento efectivo, que se enmarca en los derechos de los consumidores a que alude la Ley 24/2013 en coherencia con la Directiva 200/72/CE, que impone una actuación muy cautelosa cuando se trata de la captación de clientes a través de terceros que cobran en función de resultados. En este sentido resulta ilustrativo significar que el Preámbulo de la Ley citada recuerda que *" la actividad de comercialización de energía eléctrica como una actividad independiente del resto de actividades... fue dotada de un marco normativo para permitir la libertad de contratación y elección por parte de los consumidores";* así como que *" el proceso de liberalización se ha desarrollado incluso más rápido que lo exigido por las Directivas europeas, permitiendo a los consumidores la capacidad de elección de suministrador"*, estableciendo *" la regulación sobre la que se van a basar las relaciones entre los consumidores y las empresas comercializadoras y distribuidoras en relación con el suministro de energía eléctrica, mediante el establecimiento de sus derechos y obligaciones en el marco general de contratación"*, observándose *" las disposiciones de la citada Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009 relativas a derechos de los consumidores"*.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo razonado en los precedentes fundamentos jurídicos, procederá la desestimación del presente recurso contencioso- administrativo.

Y en lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, a tenor del artículo 139 LJCA habrán de imponerse a la parte recurrente, dada dicha desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **149/2017**, interpuesto por la representación procesal de **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** contra la Resolución de fecha 12 de enero de 2017 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el procedimiento sancionador SNC/DE/024/16; imponiendo a dicha recurrente las costas causadas.

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.