



Roj: **SAN 2384/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2384**

Id Cendoj: **28079230042021100180**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/05/2021**

Nº de Recurso: **1085/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0001085/2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01101/2018

Demandante: ENDESA ENERGÍA, S.A.U.

Procurador: IÑIGO MARÍA MUÑOZ DURÁN

Letrado: ISABEL MORENO OLIVAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **ANA MARTÍN VALERO**

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. **ANA MARTÍN VALERO**

Madrid, a cinco de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **1085/2018** 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 la Letrada D^a Isabel Moreno Olivas, 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 3 de octubre de 2018, 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 la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 30 de noviembre de 2018 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 3 de diciembre de 2018, 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 6 de febrero de 2019, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...)tenga por deducida demanda en el presente recurso contencioso-administrativo y, en su virtud, y previos los trámites de legal aplicación, 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 20 de marzo de 2019, interesando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que fue fijado para el día 28 de abril de 2021, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada, si bien la misma asciende a 40.000 € (20.000 € por cada una de las dos sanciones recurridas).

Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a **Ana I. Martín Valero**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante, ENDESA) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2018, 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 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 y le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000,00 € por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad; y responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de gas natural, 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 de la hija de la consumidora afectada, D^a Regina , presentado en el Registro de la CNMC el 28 de junio de 2017, en el que denunciaba un cambio del suministrador de electricidad y gas natural sin su consentimiento.

En concreto señalaba que « *En fecha 01-09-2016 la Sra. Regina arrendó durante el curso académico dicha vivienda a tres estudiantes [...]. En ningún caso la Sra. Regina autorizó a los mismos ni para poder dar de baja los suministros contratados ni para poder realizar ningún contrato en su nombre* ».

Desde la CNMC se solicitó a dicha sociedad comercializadora que, en el plazo de diez días hábiles, aportara la documentación que estimase conveniente en relación con los hechos que se describen en la denuncia y, en particular, los documentos contractuales u otra acreditación del consentimiento expreso del consumidor.

Con fecha 21 de julio de 2017 se presentó escrito contestando al requerimiento de información, en la que ENDESA expone que en fecha 28 de abril de 2017 Don Carlos Manuel , en calidad de cónyuge de Doña Regina , contrató el suministro de gas natural, el servicio de mantenimiento de gas, el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento de electricidad.

Al escrito adjuntó, entre otra documentación, copia del contrato suscrito y grabación telefónica correspondiente al control de calidad realizado.

El 11 de agosto de 2017 la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la CNMC emitió un documento en el que consta que, en la correspondiente grabación telefónica, en tres ocasiones ENDESA preguntó si Don Carlos Manuel es el cónyuge de la titular del contrato y contesta que sí en todas ellas. Se señala también que según consta en la copia del DNI que acompaña a la reclamación, D^a Regina es una persona mayor nacida el NUM000 de 1936 (81 años); por otro lado, el firmante como cónyuge D. Carlos Manuel es nacido el NUM001 de 1997 (20 años), siendo éste, como se decía en la denuncia, uno de



los estudiantes que arrendó el piso y no el cónyuge de la titular de los respectivos contratos de suministro de electricidad y gas natural.

Con fecha 11 de mayo de 2018 el Director de Energía de la CNMC acordó, incoar expediente sancionador a ENDESA como persona jurídica presuntamente responsable del incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes. Los hechos que motivaron la incoación del procedimiento consisten en el presunto cambio de comercializador a favor de ENDESA de los contratos de suministro de electricidad y gas natural sin consentimiento de su titular.

Dicho Acuerdo fue notificado a ENDESA el 29 de mayo de 2018 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

La entidad presentó escrito de alegaciones en fecha 12 de junio de 2018, tras lo cual se dictó propuesta de resolución para que se declarara a ENDESA 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 €; y responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de gas natural, y se le impusiera una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000,00 €.

La propuesta de resolución fue notificada a ENDESA el 12 de julio de 2018, otorgándose un plazo para alegaciones, que cumplimentó mediante escrito de 27 de julio de 2018 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:

I.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia NUM002 , titularidad de Doña Regina , con dirección de suministro CALLE000 nº NUM003 de Valencia y CUPS NUM004 , sin su consentimiento.

II.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el contrato de suministro de gas natural de su referencia NUM005 , titularidad de Doña Regina , con dirección de suministro CALLE000 nº NUM003 de Valencia y CUPS NUM006 , sin su consentimiento.

Estos hechos resultan probados:

1. Por la existencia de un contrato de suministro de electricidad firmado por D. Carlos Manuel en fecha 28 de abril de 2017 (folios 25 y 26 del expediente) en condición de cónyuge de la persona titular del contrato, cuando no concurre tal circunstancia de parentesco civil.

2. Por las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 12 de junio de 2018, en las que sostiene reiteradamente que D. Carlos Manuel se identificó tanto en el acto de la firma del contrato como en la posterior llamada de verificación como cónyuge de la persona titular del contrato de suministro de electricidad, cuando no concurre esa circunstancia de parentesco civil. ENDESA ENERGÍA, S.A. se refiere en concreto a la siguiente documentación aportada al expediente:

- Folios 25 y 26: contrato firmado por D. Carlos Manuel .

- Folios 28 a 34: copias de facturas de las anteriores comercializadoras de gas natural (GAS NATURAL SUR SDG, S.A.) y electricidad (IBERDROLA CLIENTES, S.A.), con las que la titular Doña Regina tenía contratados los respectivos suministros, así como copia del Documento Nacional de Identidad de D. Carlos Manuel .

- Folio 27: grabación telefónica correspondiente al control de calidad.

CUARTO.- Se argumenta en la resolución que:

"(...) la primera de las garantías que incumbe a una empresa comercializadora a la hora de contratar con un consumidor es asegurarse contar con el consentimiento de éste, en cuanto titular del contrato de suministro que se suscribe.

Como ya ha quedado expresado, está aceptado que el consentimiento del titular del contrato puede ser manifestado por su cónyuge, por supuesto siempre que concurren una serie de requisitos al respecto, el primero de los cuales obviamente es que la persona que manifiesta ser cónyuge del titular, lo sea realmente.

En el presente caso concurre la circunstancia de que la persona que manifestó



reiteradamente ser el cónyuge de la titular de los contratos de suministro en realidad no lo es, de modo que se produjo automáticamente un vicio por inexistencia de consentimiento del consumidor titular del suministro, como ha quedado motivado en el fundamento precedente.

Tal circunstancia concurrente, suficientemente constatada, constituye como a continuación se motiva una negligencia punible de ENDESA ENERGÍA, S.A, expresada a título de culpa en la falta de diligencia que es exigible a una empresa comercializadora, a la hora de dar por sentada la existencia del debido consentimiento del titular del contrato suscrito.

(...)

Pues bien, la empresa comercializadora asume la responsabilidad de que el consentimiento manifestado por una persona que dice ser el cónyuge de la persona titular del contrato realmente lo sea, correspondiendo a la debida diligencia de esa comercializadora valorar el resultado de las oportunas tareas de verificación del consentimiento así manifestado, tanto en el momento de la firma como posteriormente, o bien la de encajar las eventuales consecuencias de que la relación civil manifestada por el firmante no sea cierta.

En el presente caso, ENDESA ENERGÍA, S.A. aceptó plenamente la condición del firmante del contrato de ser el cónyuge de la persona titular del suministro en el momento de la firma, sin que conste que llevase a cabo en dicho momento tarea de comprobación alguna, tal y como exige una adecuada diligencia de una empresa comercializadora.

Posteriormente concurre una única actuación de verificación, en la que se pone

de manifiesto una nueva falta de diligencia por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., en este caso valorativa respecto de la condición de cónyuge del firmante del contrato.

En efecto, como ya se ha indicado, en la llamada de verificación realizada por ENDESA ENERGÍA, S.A. a la persona firmante del contrato (D. Carlos Manuel), como supuesto cónyuge de la persona titular del suministro (D^a. Regina), consta una actuación de comprobación en la que la operadora de ENDESA ENERGÍA, S.A. requiere al interlocutor el nombre y apellidos de su cónyuge titular del contrato, resultando que el interlocutor necesita consultar un papel para contestar ese dato; hecho que llama la atención de la operadora, al punto de reiterar la pregunta de si es el cónyuge de la titular del contrato, bastando de nuevo la mera afirmación «sí, sí» del interlocutor, sin comprobación adicional alguna.

Se manifiesta, así, una doble falta de diligencia por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A. a la hora de verificar la condición de cónyuge del firmante del contrato, tanto en el momento de la firma del documento (en el que el agente comercial de ENDESA ENERGÍA, S.A. no lleva a cabo comprobación alguna más allá de la manifestación del firmante) como en la llamada de control posterior, conforme ha quedado expresado".

QUINTO.- La demanda comienza exponiendo que Endesa Energía es una empresa comercializadora del Grupo Enel, cuya actividad principal es la comercialización de diversos productos y servicios de energía eléctrica y gas natural a los consumidores 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. En el presente caso la empresa que ha recabado los datos de la denunciante y ha gestionado la contratación que ha motivado la tramitación del expediente administrativo sancionador, ha sido Vertex Gestión y Servicios Comerciales, S.L. (en adelante, Vertex).

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.

Endesa Energía tiene implementado un procedimiento interno de aplicación a la totalidad de contrataciones presenciales de energía eléctrica, gas y mantenimiento de clientes domésticos realizadas por estas empresas externas. Este procedimiento establece, en primer lugar, la realización de un control visual que consiste en realizar las oportunas comprobaciones de cumplimentación y marcado de los datos reflejados en el formulario de contratación y que se practica sobre el 100% de las solicitudes de contratación recibidas. 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 Vertix la que recabó los datos de la denunciante y gestionó la contratación formalizada el 28 de abril de 2017. El contrato formalizado contiene datos personales de la denunciante y técnicos de la vivienda que es imposible conocer si no fueron facilitados por el interesado o por una persona cercana a la misma como pudiera ser el propio cónyuge. En concreto, el citado contrato contiene el nombre y apellidos de la denunciante, número de DNI, su dirección postal y del punto de suministro, el Código Universal del Punto de Suministro (CUPS), tanto de luz como de gas, número de teléfono móvil así como el número de cuenta bancaria, sin que conste en el expediente que la afectada haya probado no ser ni haber sido titular de dicha cuenta. Asimismo, al citado contrato se acompañaba copia de su última factura de suministro eléctrico y de gas natural facilitadas por quien contrató en nombre de la Sra. Regina y se identificó como su cónyuge en el momento de la contratación (esto es, el Sr. Carlos Manuel), así como copia del DNI de éste.

No obstante, Endesa realizó la llamada de control al interesado en la que quien hablaba (D. Carlos Manuel) dijo ser hasta en 3 ocasiones el cónyuge de Dña. Regina, se confirmó la contratación con Endesa, y, por tanto, el consentimiento para la misma, con el consecuente alta del contrato de luz y gas y cambio de comercializadora. La grabación de la llamada efectuada, consta referida como documento nº 2 en el Folio nº 21 del expediente administrativo. En el transcurso de dicha llamada, que se realiza tiempo después de la visita domiciliaria, la operadora le preguntó si era el cónyuge de la 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 Sr. Carlos Manuel contestó afirmativamente. Asimismo, a efectos de identificar debidamente a su interlocutor, la operadora le solicitó que le confirmara hasta en 3 ocasiones si él era el cónyuge de la titular de los contratos, si era quien había firmado el mismo, y que le facilitase su nombre y dos apellidos así como los de la titular, a lo que el interesado contestó aportando los datos reflejados en el propio contrato.

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.

Tanto el contrato de suministro de electricidad, como el de gas natural apenas estuvieron en vigor un mes (del 25/05/2017 al 15/06/2017 y del 11/05/2017 al 20/06/2017, respectivamente), causando baja por cambio de comercializadora a solicitud del reclamante, y dando lugar a la emisión de las tres únicas facturas que ENDESA acompañó a la respuesta al requerimiento de información efectuado por la Administración demandada.

El 15 de junio de 2017, D^a Leonor, quien dijo ser hija de la titular de los contratos, se puso en contacto telefónico con Endesa para hacer constar su posición contraria a la contratación realizada a nombre de Dña. Regina, dejando constancia de su reclamación. A la vista de la documentación obrante en poder de Endesa (contrato debidamente cumplimentado y firmado por quien se identificó como cónyuge de la titular, copia de su última factura de suministro, y grabación telefónica), pese a tener por debidamente acreditado el consentimiento y verificación del mismo otorgado para contratar con Endesa Energía, con ocasión de la reclamación presentada, una vez los contratos se encontraron de baja en esta mercantil, por deferencia comercial, se procedió a condonar el importe de las tres únicas facturas emitidas por los servicios de mantenimiento y el suministro eléctrico y de gas que fue efectivamente prestado por Endesa Energía a la denunciante, no requiriéndole el pago por dichos importes.

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 por quien dijo ser el cónyuge de la titular. Adicionalmente, la identidad del supuesto cónyuge pudo acreditarse por medio de documento oficial (DNI) que fue facilitado por el Sr. Carlos Manuel, quien se identificó como cónyuge de la titular en el momento de dicha contratación mediante la firma como tal de los distintos documentos contractuales obrantes en el expediente-. Además, ha aportado la grabación telefónica -procedimiento de control de calidad



implantado de manera voluntaria por la mercantil- en la que quien habla procedía a confirmar la contratación previamente realizada, reconociendo en varias ocasiones ser el cónyuge de la titular del contrato, lo que se corroboró mediante la confirmación de la fecha del contrato y la aseveración de haberlo suscrito a través de un comercial a quien proporcionó todos los datos personales de la titular (excluida la fecha de nacimiento), incluido el número de cuenta corriente, y haber sido informado por este de las condiciones de la contratación, por lo que no comprende la diferencia de criterio de la Administración demandada y considera que la misma constituye una contravención de la doctrina de los actos propios.

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).

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 generales, 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.

Pues bien, la Sala ha de confirmar los razonamientos de esta resolución, ya que las circunstancias del caso contemplado 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 de la consumidora titular de los suministros.

Para ello hemos de valorar el contrato firmado el 28 de abril de 2017 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 Vertis (contratada por Endesa Energía SAU para la captación de clientes), contiene los datos personales de la denunciante, concretamente el nombre y apellidos (Dª Regina), 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 por quien manifestó ser cónyuge del titular de luz y gas, D. Carlos Manuel, con DNI NUM007, sin que conste documento alguno a través del cual que quede acreditada dicha situación de parentesco civil ni la autorización de la titular de los suministros para contratar en su nombre.

En segundo lugar, con la finalidad de verificar la contratación del suministro, se realizó una llamada telefónica por parte de una agente comercial al número de teléfono indicado en el contrato, que se llevó a cabo con el firmante del mismo D. Marcial.

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

La operadora pregunta por la titular del suministro de la luz y el interlocutor contesta "no está", "no está aquí".

La operadora le pregunta: ¿Es usted su cónyuge y ha firmado usted? Y el interlocutor contesta: "sí, y he firmado yo también".



La operadora le informa de la grabación de la llamada y le solicita que le indique el nombre y los apellidos de la titular del contrato.

El interlocutor contesta: "eh, eh... Regina ... no está, pero es Regina".

La operadora le pregunta: "¿qué más?" y el interlocutor contesta: "Regina, lo tengo aquí en un papel"

La operadora le dice: "Vale, pero ¿es su mujer?" y el interlocutor contesta: "sí, sí".

La operadora le dice: "Perfecto, por motivos de calidad y de seguridad le informo de que está llamada está siendo grabada. Vamos a proceder a verificar sus datos. En el momento de la llamada de verificación del comercial no debería de estar presente ¿se encuentra con usted en este momento?", y el interlocutor responde: "no".

La operadora le pregunta: Por favor ¿me confirma si es usted el cónyuge de la titular del contrato?, a lo que el interlocutor responde: "sí".

La operadora le solicita que le confirme su nombre y apellidos, a lo que el interlocutor responde: "eh.. Carlos Manuel .. el qué (*hablando con otra persona*) .. espera es que tengo aquí a mi colega, a ver.."

La operadora le dice: "su nombre y apellidos, de usted", a lo que el interlocutor responde: "Carlos Manuel".

La operadora le dice: "sí, usted ha confirmado que es el cónyuge de la titular.. ¿podría indicar su fecha de nacimiento?, a lo que el interlocutor responde: "NUM001 de 1997".

La operadora le pregunta: ¿el teléfono al que le estoy llamando es el NUM008?, a lo que el interlocutor responde "correcto".

La operadora pregunta si se trata de un domicilio particular, a lo que el interlocutor responde que sí.

La operadora le pregunta si le ha facilitado al comercial el número de cuenta bancaria a lo que el interlocutor responde: "sí, se lo he dado antes". La operadora continúa: "¿y ha firmado usted del contrato?, a lo que el interlocutor responde: "sí, correcto"

La operadora le pregunta si le ha dejado un papel donde indica los productos contratados, a lo que el interlocutor responde: "¿un libro, un librito? sí".

A continuación la operadora le enumera los productos contratados y los descuentos y precios que se aplican, los cuales son confirmados por el interlocutor.

Finalmente la operadora le pregunta si le facilitó al comercial una dirección de correo electrónico o no tiene, a lo que el interlocutor contesta "no, no tengo".

SÉPTIMO.- Es cierto 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 de esta Sección de 3 de julio de 2019 (rec. 135/2017), en la que se estimó el recurso en base a circunstancias diferentes.

Ahora bien, la grabación sonora practicada en el presente supuesto, no permite afirmar- a diferencia de lo declarado en esas sentencias- que ENDESA aplicara una diligencia razonable en orden a verificar que la persona que firmó los contratos de suministro era realmente el cónyuge de la titular, y actuaba con el consentimiento de la misma.

Como se indica en la resolución sancionadora, cuando la agente comercial requiere a su interlocutor para que le indique el nombre y apellidos de la titular del contrato, contesta literalmente: «eh, eh, Regina ..., no está, pero..., es Regina », entonces la agente comercial le pregunta por el segundo apellido de la titular, a lo que el interlocutor de la llamada contesta literalmente « Regina, lo tengo aquí en un papel»; y ante esta contestación, la agente comercial pregunta al interlocutor «vale pero, ¿es su mujer?», a cuya pregunta el interlocutor contesta «sí, sí».

A la vista del contenido de dicha grabación, puede afirmarse que las respuestas del interlocutor daban lugar a una duda razonable sobre la existencia de un vínculo matrimonial con la titular de los suministros, pues normalmente nadie necesita consultar un papel para indicar el nombre y apellidos de su cónyuge. De modo que, ante esa duda, que la propia agente comercial manifestó al preguntar varias veces si era el cónyuge de la titular del suministro, debería haber extremado los controles para asegurarse de que el firmante del contrato era, efectivamente, el cónyuge de la titular y contaba con su consentimiento para efectuar la contratación.

Así, si bien es cierto que la CNMC reconoce que se ha aceptado en ocasiones que el consentimiento del titular del contrato puede ser manifestado por su cónyuge, ello requiere que quede acreditado no sólo el

vínculo matrimonial, sino también el consentimiento de la persona en cuyo nombre se actúa, el cual no puede presumirse por la mera existencia de ese vínculo.

Por tanto, la adecuada verificación del consentimiento de la titular de los suministros para contratar los mismos con ENDESA hubiera requerido, bien una autorización de ésta para contratar en su nombre, o al menos que la llamada telefónica de verificación se realizara directamente con ella, y no con la persona que actuó en su nombre manifestando ser su cónyuge, pero sin acreditar ni el vínculo matrimonial ni su autorización para contratar los suministros.

En este sentido, conviene recordar lo dispuesto en el artículo 1259 CC, según el cual "nadie puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante".

En definitiva, hemos de concluir que la comercializadora no empleó toda la diligencia que le era exigible en el cumplimiento de sus obligaciones, entre las que se encuentra precisamente la de comprobar la identidad y la voluntaria prestación del consentimiento por el consumidor en el ejercicio de su derecho a elegir el suministrador, 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 cierto, por otro lado, que la demandante actuó con cierta prontitud una vez tuvo conocimiento de la reclamación; pero 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 bueno, sin más, el consentimiento del titular a la contratación de los suministros realizada por un tercero, que manifiesta ser su cónyuge, cuando puedan existir dudas razonables, como en este caso, de ese vínculo matrimonial.

Al respecto de cuanto venimos diciendo, en la SAN, 4ª de 10 de marzo de 2021 (rec.149/2017), pusimos de manifiesto 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 2009/72/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*".

OCTAVO.- Se alega por la entidad recurrente la inexistencia de infracción por falta de concurrencia del supuesto de hecho descrito en los tipos infractores cuya comisión se le imputa.

Aduce, en primer lugar, que los preceptos presuntamente infringidos son inconstitucionales puesto que se trata de tipos sancionadores abiertos y en blanco, contrarios al principio de legalidad garantizado en el artículo 25.1 CE, en su vertiente de tipicidad, y en relación con el principio de seguridad jurídica. Afirmo que los preceptos invocados en la resolución sancionadora no determinan con concreción las infracciones a sancionar, sino que deja al arbitrio de la autoridad sancionadora decidir qué conductas o comportamientos tienen encaje en dicho artículo como infracciones leves. Así, ante esta amplitud e indeterminación del tipo infractor, la Administración demandada hace referencia al posible incumplimiento del comercializador de su obligación de verificar que se ha otorgado el consentimiento por el consumidor contratante, pretendiendo integrar el contenido del tipo trayendo a colación los artículos 46.1.g) de la Ley 24/2013 y 57 bis b) y e) 5º de la Ley 34/1998, en los que se reconoce la obligación de la comercializadora de formalizar el contrato de suministro y el derecho de los consumidores a elegir libremente suministrador y a contar con un contrato de suministro con un contenido mínimo determinado. Pero considera que la referencia a los meritados preceptos en nada contribuye a una adecuada tipificación de los hechos, al no advertirse correlación alguna entre la actuación llevada a cabo por ENDESA y el literal de los preceptos en cuestión.

NOVENO.- El análisis de este motivo hace conveniente recordar que es doctrina constitucional consolidada (STC 160/2019, de 12 de diciembre), que « *el derecho a la legalidad sancionadora reconocido en el reconocido*



en el art. 25.1 CE, aplicable también al ámbito del procedimiento administrativo sancionador, comprende una doble garantía material y formal.

La garantía material se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Esto implica que la norma sancionadora permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa. No cabe, por ello, constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador.

Por su parte, la garantía formal hace referencia al rango necesario de las normas sancionadoras e implica que el término "legislación vigente" contenido en el art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora. Esta reserva, en relación con las infracciones y sanciones administrativas, tiene una eficacia relativa más limitada que respecto de los tipos penales, ya que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, siempre que tales remisiones no posibiliten una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Esto exige que la ley deba contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento solo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley. De este modo, se vulnera el art. 25.1 CE cuando la remisión de la ley al reglamento se hace sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica (así, por ejemplo, SSTC 13/2013, de 28 de enero, FJ 2 ; 34/2013, de 14 de febrero, FJ 19 ; 218/2013, de 19 de diciembre, FJ 4 , y 199/2014, de 15 de diciembre, FJ 3)».

En este mismo sentido, la STS de 27 de abril de 2018 (rec. 20/2016) reitera que « los principios inspiradores de orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, y, ello, tanto en un sentido material como procedimental o formal. Por tanto, en este ámbito administrativo rige el principio de legalidad material, que exige que las conductas ilícitas y sus sanciones estén predeterminadas en la norma legal, aunque el alcance de la reserva legal no es tan estricto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal, y sólo es exigible que se predeterminen en la norma legal las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones, como indican las sentencias del Tribunal Constitucional 42/87, de 7 de abril y del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1992 ; y, también el principio de tipicidad, que constituye la garantía material del principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución , y que impone la obligación de establecer con la mayor claridad, concreción y precisión posibles las conductas ilícitas constitutivas de infracciones y sus respectivas sanciones, aunque el principio de tipicidad no obsta a que existan normas administrativas incompletas o en blanco, es decir, preceptos punitivos en los que una parte de los elementos típicos se completa o integra con el contenido de otras normas de carácter no sancionador».

A ello hay que añadir que, tratándose de una relación de sujeción especial, se ha declarado (entre otras, SSTS de 12 de enero de 2000- rec. 8305/1995- y 6 de noviembre de 2013 - rec. 4540/2010) que « (...) el principio de reserva de ley pierde parte de su fundamento material, al ser dichas relaciones expresivas de una capacidad de autoordenación que se distingue del "ius puniendi" genérico del Estado».

DÉCIMO.- Pr oyectando estas consideraciones al supuesto que estamos analizando, procederemos a reproducir los tipos sancionadores aplicados.

El artículo 66.4º Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y el artículo 111 d) Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, tienen la misma redacción y tipifican como infracción leve:

"El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes".

Pues bien, el principal requisito de contratación es el consentimiento de las partes contratantes, en este caso, de la cliente; y en este sentido, la resolución sancionadora se remite a lo dispuesto en el artículo 46 apartado g) LSE, que establece entre las obligaciones de los comercializadores la de "Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación" y al artículo 57 bis b) de la LSH que recoge el derecho del consumidor a elegir el suministrador para la compra de gas natural, y en su letra e) 5º el derecho a tener un contrato con el comercializador en el que se especifique la duración del contrato, las condiciones para la renovación y la rescisión de los servicios y del contrato y, cuando esté permitido, el desistimiento del contrato sin costes.

Asimismo, el artículo 44.1º Ley 24/2013 recoge el derecho de los consumidores a elegir su suministrador (apartado d) y a formalizar un contrato de acceso con la empresa distribuidora o un contrato de suministro



con la empresa suministradora de electricidad, según corresponda, en el que se especifique la identidad y la dirección de la empresa; la duración del contrato, condiciones para su renovación y las causas de rescisión y resolución de los mismos, así como el procedimiento para realizar una u otras; las cláusulas bajo las cuales se podrán revisar las condiciones establecidas en el contrato; el procedimiento de resolución de conflictos; la información actualizada sobre precios y tarifas aplicables; el nivel de calidad mínimo exigible en los términos que se establezcan y las repercusiones en la facturación que, en su caso, correspondan; los plazos para la conexión inicial; la información completa y transparente sobre las ofertas comerciales, incluyendo de manera expresa la duración de los descuentos promocionales y los términos o precios sobre los que éstos se aplican; la información relativa a otros servicios prestados, incluidos, en su caso, los servicios de valor añadido y de mantenimiento que se proponga.

Las condiciones generales serán equitativas y transparentes, y deberán adecuarse a lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos con los consumidores. Se explicarán en un lenguaje claro y comprensible y no incluirán obstáculos no contractuales al ejercicio de los derechos de los clientes. Se protegerá a los clientes contra los métodos de venta abusivos o equívocos.

Las condiciones se darán a conocer con antelación. En cualquier caso, deberán comunicarse antes de la celebración o confirmación del contrato. Cuando los contratos se celebren a través de intermediarios, la información antes mencionada se comunicará asimismo antes de la celebración del contrato.

DÉCIMOPRIMERO.- De este modo, la garantía formal que se expresa a través de la reserva de ley no ha sido incumplida en este caso, pues las infracciones por las cuales se sanciona en la resolución impugnada están tipificadas en una norma con rango de ley formal (Ley 24/2013 y Ley 34/1998). Y la remisión expresa que hace en los tipos infractores a los requisitos de contratación, si bien constituye una ley en blanco o de remisión, tales requisitos vienen establecidos en otros preceptos de las mismas leyes, habiendo declarado el Tribunal Supremo que, incluso cuando la remisión es a una norma reglamentaria, no es una excepción a la reserva de ley, sino una modalidad de su ejercicio (SSTS de 12 de enero de 2000- rec. 8305/1995- y 6 de noviembre de 2013 - rec. 4540/2010 -, antes citadas), añadiendo que « *La validez de esta técnica ha sido admitida por el Tribunal Constitucional siempre que se den los requisitos de que el reenvío normativo sea expreso; esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y la ley, además de la pena, contenga el núcleo esencial de la protección (sentencia 127/1.990, de 5 de julio)*».

La recurrente se queja de la indeterminación del tipo infractor y señala que estos preceptos a que se refiere la Administración en los que se reconoce la obligación de la comercializadora de formalizar el contrato de suministro y el derecho de los consumidores a elegir libremente suministrador y a contar con un contrato de suministro con un contenido mínimo determinado, no tienen correlación alguna con actuación por ella llevada a cabo.

Es cierto que las Leyes sectoriales aplicadas no establecen expresamente como uno de los requisitos de contratación la prestación del consentimiento por parte del consumidor, pero se trata de un elemento esencial de todo contrato, como se establece en el artículo 1261 del Código Civil, a tenor del cual, " *No hay contrato sino cuando concurrente los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca*".

Así, la obligación de las comercializadoras de formalizar los contratos con los clientes y del derecho correlativo de estos a formalizar el contrato y a elegir suministrador, implican la prestación del consentimiento por su parte y la obligación de las comercializadoras de verificar la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, especialmente cuando la contratación se realiza por medio de terceros; y entre esos requisitos se encuentra, el consentimiento del consumidor titular de los suministros, como se ha expuesto.

Por otro lado, sobre la tipicidad de la conducta infractora nos hemos pronunciado en la SAN, 4ª de 10 de marzo de 2021 (rec.149/2017), antes citada, en un supuesto análogo, y en relación con el artículo 66.4 Ley 24/2003, cuya redacción es idéntica a la del artículo 111 d) Ley 34/1998, también aplicado en este caso.

En la referida sentencia recordábamos que los hechos objeto de sanción se califican 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". Y considerábamos que la Administración había realizado una correcta calificación de los hechos, pues: en primer lugar, no cuestionándose que el consumidor fue finalmente activado sin que mediara su consentimiento, ya es suficiente para acreditar, objetivamente, el incumplimiento por la comercializadora de los requisitos de contratación, previsto en el tipo infractor; en segundo lugar, 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 contratos, sino en el incumplimiento del requisito de prestación del consentimiento por el consumidor como requisito principal para su contratación, aspecto cuya existencia no puede cuestionarse; en



tercer lugar, el hecho de que la recurrente gestione la captación de clientes a través de contratas 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; 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 (...), 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 (...), 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.

Por tanto, hemos de concluir que se han observado las exigencias de tipicidad de las infracciones, en cuanto manifestación del principio de legalidad proclamado por el artículo 25.1 de la Constitución, sin que pueda sostenerse que la definición de los requisitos de contratación cuyo incumplimiento constituye la infracción no esté amparada en una norma con rango de ley.

DÉCIMOSEGUNDO.- Ha de rechazarse, por otra parte, que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia, desde el momento en que ha quedado debidamente acreditado que la persona que firmó los contratos de suministro no era el cónyuge de la titular de los mismos ni contaba con su autorización para contratar, sin que esa admisible una inversión de la carga de la prueba como la que pretende la recurrente. No era a la Administración a la que correspondía acreditar la inexistencia de parentesco civil entre la titular de los suministros y el Sr. Marcial, circunstancia que, por otra parte, ha quedado clara. Era a ENDESA, que defiende el cumplimiento de sus obligaciones basándose en el hecho de que el Sr. Marcial manifestó que era el cónyuge de la Sra. Regina, a la que correspondía justificar que ello era así y que el contrato fue suscrito con el consentimiento de esta última. Y, a estos efectos, es irrelevante la existencia de una relación arrendaticia entre la Sra. Regina y el Sr. Marcial - lo que, además, no se cuestiona-, pues ello no determinaría que la contratación por parte del arrendatario en nombre de la Sra. Regina, sin su consentimiento, fuera válida. Como razona la resolución impugnada, si ENDESA acepta sustituir el consentimiento expreso del titular del contrato por el manifestado por su supuesto cónyuge, asume también la responsabilidad de comprobar el vínculo civil existente entre ambos si, en hipótesis, el titular del contrato de suministro niega posteriormente esa relación de parentesco o su consentimiento para contratar.

Ya se ha apuntado anteriormente, y señala la STS de 15 de febrero de 2021 (rec. 1916/2020) que, « *estando admitida en nuestro Derecho Administrativo la responsabilidad directa de las personas jurídicas, a las que se reconoce, por tanto, capacidad infractora, el elemento subjetivo de la infracción se plasma en estos casos de manera distinta a como sucede respecto de las personas físicas, de manera que, como señala la doctrina constitucional que antes hemos reseñado - SsTC STC 246/1991, de 19 de diciembre (F.J. 2) y 129/2003, de 30 de junio (F.J. 8)- la reprochabilidad directa 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*».

De este modo, habiendo quedado acreditado que la contratación de los suministros se realizó sin el consentimiento de la titular y que la comercializadora no actuó con la diligencia suficiente para verificar que quien suscribió el contrato era su cónyuge y actuaba con su consentimiento, no cabe entender vulnerado el principio de presunción de inocencia.

DÉCIMOTERCERO.- En cuanto a la vulneración de la doctrina de los actos propios sobre la base de que la Administración ha dictado otras resoluciones por medio de las cuales se archivaban denuncias interpuestas contra ENDESA por cambio de comercializador sin consentimiento del titular con motivo de contrataciones realizadas por el cónyuge, en las que se habría considerado suficiente la aportación de la documentación contractual y la grabación de la llamada de verificación, cabe decir que a esta cuestión ya se da respuesta en la resolución sancionadora.

En efecto, en la propia resolución se reconoce que ha sido aceptado, en general, que el contrato de suministro pueda ser suscrito por el cónyuge del titular, pero se pone de manifiesto que aquellos casos no se estaba ante las mismas circunstancias, pues, en este caso, la persona que firma el contrato no es el cónyuge de la persona titular del suministro, circunstancia que evidentemente vicia la pretensión de consentimiento otorgado.

No cabe invocar, por tanto, la doctrina de los actos propios cuando se está ante situaciones diferentes.

DÉCIMOCUARTO.- Finalmente, en cuanto a la vulneración del principio de motivación y proporcionalidad de sanción impuesta, tampoco puede acogerse la pretensión actora.



Tanto el art. 67.1.c) de la Ley 24/2013, como el artículo 113.1 c) Ley 34/1998 establecen para las infracciones leves una multa "por importe de hasta 600.000 euros", por lo que las sanciones de 20.000 euros impuestas se sitúan en el tramo inferior del rango previsto por la norma.

De otro lado, contrariamente a lo aducido en la demanda, la resolución sancionadora sí que razona sobre las circunstancias valoradas para graduar la sanción, y en concreto se afirma que no concurre ninguna de las circunstancias determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo al peligro, importancia del daño, inexistente beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema eléctrico, no contemplado en gas natural. Además, declara expresamente que "ha de tenerse presente que la actuación en cuestión se refiere a un contrato individualmente considerado, que dicho contrato ha sido aportado con independencia de la ausencia de consentimiento de su titular puesta de manifiesto por la actuación negligente de ENDESA ENERGÍA, S.A y que, con ocasión de la reclamación presentada, afirma en sus alegaciones de 12 de junio de 2018 que procedió a anular las facturas emitidas durante la vigencia de los contratos y a no requerir el pago de las mismas"

Y, por último, en cuanto a la concreta cuantía impuesta afirma que "la propuesta de resolución señaló que no se consideraba necesario recabar el importe neto anual de la cifra de negocios de ENDESA ENERGÍA, S.A puesto que se considera que el importe de multas que se propone queda obviamente por debajo del porcentaje señalado, «sin perjuicio de la alegación que, de contrario, se pudiera presentar», sin que ENDESA ENERGÍA, SA haya efectuado manifestaciones al respecto en sus alegaciones posteriores de 27 de julio de 2018. En cualquier caso, dicho importe debe considerarse en relación con la cuantía de las multas propuestas, de modo que la misma queda comprendida en el 10% del tramo inferior del importe máximo legalmente señalado. Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras - según se ha desarrollado en anteriores fundamentos de esta resolución- y la comisión de la infracción por una culpa negligente pero no dolosa de la infractora, se impone una multa de veinte mil (20.000) euros para cada una de las infracciones leves cometidas, al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes"

Siendo estos los términos del acuerdo sancionador, no puede afirmarse que las sanciones impuestas lo hayan sido sin respetar el principio de proporcionalidad ni, desde luego, sin motivar la cuantía de las mismas, Lo que no es posible, como dijimos en la SAN, 4ª de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017) es traducir las circunstancias tomadas en consideración en una cuantía exacta de multa. En tal sentido, aunque refiriéndose a las penas de multa, el Tribunal Constitucional ha afirmado con reiteración (por todas STC 25/2011, de 14 de marzo) que « cuando los datos básicos del proceso de individualización de la pena puedan inferirse de los hechos probados, no resultan constitucionalmente exigibles ulteriores razonamientos que los traduzcan en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (STC 98/2005, de 18 de abril , FJ 2, citando las SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6 , y 136/2003, de 30 de junio , FJ 3)».

De ahí que haya de descartarse la vulneración de este principio como motivo de nulidad y también como razón para que este Tribunal modifique la cuantía de las sanciones impuestas.

En virtud de todo lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

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

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **1085/2018** interpuesto por la representación procesal de entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2018, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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