



Roj: **SAN 5088/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5088**

Id Cendoj: **28079230042021100559**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/11/2021**

Nº de Recurso: **244/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000244 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04632/2019

Demandante: ENDESA ENERGIA, S.A.U.,

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **244/2019** 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 del Letrado D. Sergio Martín Sánchez, frente a la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 13 de febrero de 2019, por la que se impusieron a la actora 14 sanciones de 10.000 euros cada una por la comisión de otras tantas infracciones previstas en el art. 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, así como tres sanciones de la misma cuantía cada una como responsable de tres infracciones del art. 11.a) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 11 de abril de 2019 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 17 de abril de 2019, 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 24 de junio de 2019, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) y, tras los trámites que procedan, dicte **SENTENCIA ESTIMATORIA** por la que se acceda a las pretensiones formuladas por esta parte, acordando la anulación de la citada resolución sobre la base de los argumentos expuestos en el cuerpo del presente escrito de demanda . >>.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 20 de septiembre de 2019, dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso deducido, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentaron por las partes escritos de conclusiones y, se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2021.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en 170.000 €

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este proceso la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 13 de febrero de 2019, por la que se impusieron a la actora 14 sanciones de 10.000 euros cada una por la comisión de otras tantas infracciones previstas en el art. 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, así como tres sanciones de la misma cuantía cada una como responsable de tres infracciones del art. 11.a) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

SEGUNDO.- En esencia, a tenor de la resolución impugnada, los hechos sancionados consistieron en que la actora no tenía a su disposición en todo momento la documentación que acreditase la voluntad de cambiar de suministrador de energía eléctrica respecto de 14 clientes, así como tampoco de tres clientes respecto del suministro de gas natural. En la resolución se especifican los CUP y los clientes respecto de los que no se conserva la documentación acreditativa de su voluntad de cambio de suministrador.

Importa destacar en relación con los hechos sancionados que los hechos sancionados no consisten en que los clientes a los que se refiere la resolución no hubieran consentido el cambio de suministrador a favor de la Endesa Energía, S.A., sino en no tener a disposición en todo momento la documentación que acreditase la voluntariedad del cambio de empresa suministradora.

En tal sentido, la resolución precisa que *"debe evitarse el equívoco, como más tarde se razona, de considerar que los hechos que dan lugar a la incoación consisten en la falta de consentimiento de los clientes a la contratación efectuada. La presente resolución se refiere a la infracción leve consistente en la falta de formalización de los contratos de suministro, con independencia de que otros indicios pudieran hacer pensar que la contratación fue consentida"*.

TERCERO.- Recordemos que la resolución sancionadora considera que se ha cometido la infracción tipificada en el art. 66.1 d) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con el art. 46.1 de la propia norma y la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica. Tales preceptos dicen lo siguiente:

Ley del Sector Eléctrico.

"Arts. 66. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave.

Art. 46. Obligaciones y derechos de las empresas comercializadoras en relación al suministro.

1. Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro:



g) *Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación. Asimismo, realizar las facturaciones a sus consumidores de acuerdo a las condiciones de los contratos que hubiera formalizado en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias de desarrollo de esta ley, y con el desglose que se determine*".

Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.

"Disposición adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador. Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad".

CUARTO.- La primera cuestión que suscita la demanda, integrando en ella varios de sus apartados, es que, según se sostiene, la conducta sancionada no es típica por cuanto que se ha realizado una aplicación analógica del tipo infractor para albergar en él una conducta que no puede subsumirse en el precepto sancionador aplicado. Todo ello con el fin de construir una infracción de naturaleza permanente y soslayar así la prescripción de la infracción que se afirma que se ha producido.

Pues bien, la Sala no comparte la tesis sostenida por la demandante. Entre las obligaciones de la comercializadora en relación con la contratación se encuentra no sólo recabar el consentimiento del cliente eléctrico, sino formalizar el contrato de modo que exista certeza acerca de la prestación del consentimiento a las condiciones contractuales bajo las que se obliga. De manera que la vulneración de esta obligación de formalización del contrato de modo que sea posible verificar la prestación del consentimiento y cuál es su alcance concreto, encaja perfectamente en el tipo de infracción por el que se sanciona, esto es, el incumplimiento de los requisitos de formalización del contrato, requisitos que se derivan de las normas reguladoras de la contratación y que integran el tipo sancionador sin que pueda aceptarse que exista una indeterminación al respecto. La demandante es una de las principales comercializadoras del sector eléctrico y se trata de una normativa con unos destinatarios muy limitados en cuanto a las exigencias de formalización del contrato que permite descartar cualquier falta de previsibilidad que, en definitiva, tutela el principio de tipicidad en la fase de configuración de los tipos primero y después en la fase aplicativa de los mismos.

En definitiva, la estructura del hecho sancionado, esto es, no estar en condiciones de acreditar de modo indubitado -por escrito o mediante la grabación correspondiente- la prestación del consentimiento por parte del cliente eléctrico, es subsumible en la infracción consistente en no cumplir *"las obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro"*. Estas exigencias no sólo abarcan la obligación de recabar el consentimiento del cliente, sino también estar en condiciones de acreditar en todo momento su conformidad expresa *"por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo"*. De manera que la imposibilidad de acreditación de la prestación del consentimiento del cliente es una conducta permanente en el tiempo que sólo se revierte mediante la formalización de aquél consentimiento de modo acreditable.

En suma, la Sala considera injustificado el reproche de no respetar el principio de tipicidad, tanto en lo que se refiere a la previsibilidad de la conducta infractora por el agente como en el proceso de subsunción de los hechos en el tipo sancionador aplicado. Ni la resolución sancionadora se sustenta en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, ni estamos en presencia de una aplicación de la norma que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (por todas STC 170/2021, de 7 de octubre, FJ 3).

Por lo demás, las anteriores consideraciones son también predicables, mutatis mutandis, de los cambios de comercializador por los clientes de gas natural.

QUINTO.- Con una perspectiva autónoma, concretada en el último fundamento jurídico de la demanda, se sostiene que la vulneración del principio de tipicidad derivaría de que la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 no resultaba de aplicación a los cambios de los clientes al mercado libre, sino únicamente los cambios a tarifa de último recurso de clientes suministrados bajo la modalidad de tarifa. De modo que, no siendo aplicable el precepto reglamentario que completaría o integraría la infracción por la que se sanciona, la conducta sería atípica.



Pues bien, es cierto que, tal como aduce la demandante, el art. 1 de la Orden, establece que su objeto es "el establecimiento del mecanismo de traspaso al suministro de último recurso de energía eléctrica de los clientes que tengan un contrato en vigor en el mercado a tarifa ...". Pero también lo es que la Orden incorpora determinaciones inequívocamente ajenas a esta finalidad estrictamente considerada, aunque complementarias a ella, entre las que se encuentra precisamente la exigencia de estar en condiciones de acreditar la formalización del contrato por cualquier medio contrastable que garantice la identidad del cliente.

Además de la disposición adicional primera, la Orden de que tratamos incorpora algunas otras previsiones que van más allá de lo que su título pudiera indicar, tales como el art. 1.2, relativo a la estructura de peajes atinente también consumidores y comercializadores del mercado libre; la retribución del Operador del Mercado para 2009 (DA 6ª); la presentación de ofertas de adquisición en el mercado diario por parte de titulares de instalaciones de generación que hubiesen suscrito contratos bilaterales con entrega física de energía, (DA 7ª); o la obligación del Operador del Sistema de remitir un informe sobre el grado de cumplimiento de los contratos de interrumpibilidad (DA 8ª).

Por lo demás, la disposición adicional primera se refiere al consentimiento del consumidor sin restringirse al sometido a la tarifa de último recurso, contrastando así con los pasajes de la Orden que, cuando resulta procedente, sí distingue entre comercializadores o consumidores de último recurso y comercializadores o consumidores en general. Ello pondría de manifiesto que la generalidad con la que está redactada la disposición adicional primera es plenamente reflexiva.

SEXTO.- Aceptada la nota de permanencia de la conducta constitutiva de infracción que se afirma en la resolución sancionadora, debemos abordar la denuncia de prescripción que esgrime la demandante, la cual afectaría a la mayor parte de las infracciones.

La alegación se sustenta en que desde que se cometió la infracción hasta que se notificó la incoación del expediente sancionador el día 11 de junio de 2018 habrían transcurrido los dos años y los dieciocho meses de plazo de prescripción que para las infracciones leves prevén respectivamente los arts. 74 LSE y 117 LSH.

Razona la actora que, no existiendo previsión específica sobre el *dies a quo* del término de la prescripción ni en la LSE ni en la LSH, ha de acudir al art. 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), según el cual:

"2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable".

Seguidamente considera que el momento en el que se cometió la infracción no es otro que el día en que se produjo la contratación, esto es, el alta del nuevo suministro.

Con este punto de partida analiza la totalidad de los hechos constitutivos de infracción llegando a la conclusión de que, en la mayor parte de los casos, cuando se notificó la incoación del procedimiento sancionador (11 de junio de 2018), había transcurrido ya el término de la prescripción contado desde que se produjo el alta del nuevo suministro.

SÉPTIMO.- Frente a ello, coincidimos con la resolución sancionadora en que el *dies a quo* no se sitúa en el momento del nuevo alta de cada cliente, pues no nos encontramos ante una infracción de comisión instantánea sino que la conducta sancionada consiste en un estado o situación de incumplimiento de una obligación, a saber, "disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor".

De manera que, mientras el obligado a ello no disponga de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador, la infracción se está cometiendo.

Consecuentemente, de acuerdo con el precepto anteriormente transcrito, tratándose de una infracción permanente, "el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora", siendo así que cuando se notificó la incoación del procedimiento sancionador, la conducta sancionada no se había revertido, o al menos no con la antelación suficiente marcada por el plazo de prescripción.

OCTAVO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede su imposición a la parte demandante.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. **244/2019**, interpuesto por el Procurador don Iñigo María Muñoz Durán, en representación de **ENDESA ENERGIA, S.A.U.**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 13 de febrero de 2019, por la que se impusieron a la actora 14 sanciones de 10.000 euros cada una por la comisión de otras tantas infracciones previstas en el art. 66.1 d la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, así como tres sanciones de la misma cuantía cada una como responsable de tres infracciones del art. 11.a) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

CONDENAMOS a la parte recurrente al pago de las **COSTAS PROCESALES**

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

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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