



Roj: **SAN 492/2022 - ECLI:ES:AN:2022:492**

Id Cendoj: **28079230042022100049**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/01/2022**

Nº de Recurso: **328/2019**

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: 0000328 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05555/2019

Demandante: ENDESA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U (antes ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U)

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinte de enero de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **328/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **ENDESA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U (antes ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.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 Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento las medidas de protección al consumidor en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica con tarifa de bono social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 29 de abril de 2019 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 3 de mayo de 2019, y con reclamación del expediente administrativo .

SE GUNDO.- 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 3 de septiembre de 2019, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...)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 8 de octubre de 2019, interesando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Ac ordado 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 13 de enero de 2022, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en 150.000 euros.

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 XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U (en adelante, ENDESA XXI) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de las medidas de protección al consumidor en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica con tarifa de bono social.

Esta resolución declara a las sociedades ENDESA ENERGIA, S.A.U y ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U responsables de una infracción grave del artículo 65.25 de la de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su incumplimiento de las medidas de protección a los consumidores y les impone una sanción consistente en el pago de una multa de 150.000 euros a cada una de ellas.

SEGUNDO.- El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito de denuncia presentado por el titular del punto de suministro situado en la C/ DIRECCION000 , NUM000) de San Fernando (Cádiz), en el que ponía de manifiesto que el 10 de septiembre de 2014 suscribió un contrato de suministro de electricidad en mercado libre con ENDESA en una oficina de la compañía. En fecha 10 de octubre de 2014, y en la misma oficina, de forma presencial, solicita contratar con la compañía ENDESA ENERGIA XXI SLU la tarifa de bono social por disponer de una potencia inferior a 3 kW. Este cambio no se realizó hasta el 27 de octubre de 2015 en que el reclamante suscribió nuevo contrato con esta comercializadora

Con fecha 29 de marzo de 2017, el Director de Energía procedió a dictar acuerdo de apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y requirió a ENDESA y a ENDESA ENERGÍA XXI a fin de que aportasen los documentos contractuales u otra acreditación del consentimiento del consumidor al cambio de comercializador, así como las facturas generadas, y fechas de alta y baja en los contratos. Igualmente, se les solicitó que acreditasen el historial de comunicaciones con el consumidor y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente y, en particular, el motivo por el que no se realizó el contrato con el consumidor en fecha 10 de octubre de 2014, cuando solicitó el bono social por tener una potencia inferior a 3 kW.

Ambas sociedades, tras solicitar ampliación del plazo, que le fue concedida, y mediante escritos que tuvieron entrada, ambos, el 17 de mayo de 2017, contestaron al requerimiento de información en los siguientes términos:

ENDESA indica que el 10 de septiembre de 2014 el consumidor contrató suministro y asistencia técnica con ENDESA de forma presencial, y los contratos estuvieron en vigor desde el 6 de octubre de 2014 hasta el 14 de octubre de 2014, causando baja por cambio de comercializadora. Que, no obstante, el 5 de septiembre de 2014, el mismo consumidor había solicitado contratar el suministro de energía eléctrica para el mismo domicilio, por lo que, de forma electrónica, se formalizó el contrato que estuvo en vigor desde 28 de octubre de 2014 hasta el 26 de octubre de 2015, fecha en que, indica ENDESA, causó baja por cambio de comercializadora. Añade ENDESA diversas consideraciones acerca de la ausencia de regulación específica en el sector eléctrico de la contratación electrónica, aporta copia de las facturas emitidas, y añade, respecto a las comunicaciones con el denunciante, que el 19 de noviembre de 2015 recibió escrito de la asociación denunciante, reclamando disconformidad con la contratación y solicitando la baja sin coste alguno para el

usuario, habiéndose respondido por ENDESA que el contrato de suministro ya estaba dado de baja con fecha 26 de octubre de 2015 por cambio de comercializador.

ENDESA ENERGÍA XXI, por su parte, indica que el 10 de octubre de 2014 el consumidor contrató el suministro con la tarifa de bono social, de forma presencial, y el contrato estuvo en vigor del 15 de octubre de 2014 al 27 de octubre de 2014, cursando baja por cambio de comercializadora. Que, no obstante, en fecha 27 de octubre de 2015, en la misma oficina comercial, el consumidor solicitó de nuevo contratar con ENDESA ENERGÍA XXI la tarifa de bono social, por disponer de potencia inferior a 3 kW, generándose contrato de suministro que sigue en vigor actualmente. Aporta copia de las facturas. Respecto a las comunicaciones con el consumidor, indica haber recibido el 19 de noviembre de 2015 reclamación de la asociación denunciante relativa a la aplicación del bono social, la cual fue cerrada por improcedente pues se comprobó que, durante el periodo en que el cliente ha estado con contrato en vigor con ENDESA ENERGÍA XXI, se le han aplicado las condiciones de bono social.

Con fecha 31 de enero de 2018 el Director de Energía de la CNMC acordó, incoar expediente sancionador a ENDESA ENERGIA S.A.U., en su condición de empresa comercializadora de energía eléctrica y contra ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. en su condición de comercializadora de referencia, como personas jurídicas presuntamente responsables, por autoría y colaboración necesaria, respectivamente, de los hechos siguientes:

"Aplicación al titular del punto de suministro identificado como CUPS: NUM001 de una tarifa en mercado libre por la comercializadora ENDESA ENERGIA por el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 2014 y el 27 de octubre de 2015, privando al consumidor de su derecho al bono social del que había disfrutado entre los días 14 y 27 de octubre de 2014. Este derecho no fue recuperado por el consumidor hasta el 27 de octubre de 2015 fecha en que fue suscrito contrato de TUR Bono social con ENDESA ENERGA XXI. La situación se mantuvo de forma no interrumpida, por el espacio de un año comprendido entre las mencionadas fechas 27 de octubre de 2014 y 27 de octubre de 2015."

Tales hechos se precalificaban en el acuerdo de incoación como presuntamente constitutivos de una infracción grave prevista en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico *"El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables"*.

Dicho Acuerdo fue notificado a ambas sociedades interesadas en fechas respectivas de 21 de febrero de 2018 (ENDESA) y 16 de febrero de 2018 (ENDESA ENERGÍA XXI), las cuales presentaron escrito de alegaciones en fechas 23 y 18 de marzo respectivamente.

Por lo que se refiere a ENDESA ENERGÍA XXI, aquí recurrente, formuló las siguientes alegaciones en relación con los hechos:

1º) Con fecha 5-09-2014 el consumidor solicitó contratar, a través de la web www.endesaonline.com (en la actualidad www.endesaclientes.com) el suministro eléctrico con dicha mercantil (ENDESA ENERGIA S.A.U.).

2º) No obstante, 5 días después, esto es el 10-09-2014 el mismo consumidor acudió a las oficinas de ENDESA procediendo a realizar una nueva solicitud de contratación. Con ocasión de ésta se generó el contrato de electricidad nº NUM002 el cual entró en vigor en fecha 6-10-2014, cursando baja el 14-10-2014 por cambio de comercializadora.

3º) En fecha 10-10-2014 el consumidor acudió a las oficinas de ENDESA y contrató el suministro eléctrico con ENDESA ENERGÍA XXI con la tarifa TUR bono social.

Con ocasión de esta contratación se generó el contrato NUM003 el cual se activó el 15-10-2014, permaneciendo en vigor hasta el 27-10-2014, fecha en la que se dio de baja por cambio de comercializadora. La baja en fecha 27-10-2014 de este contrato nº NUM003 se produjo con ocasión de la activación del contrato inicialmente suscrito vía internet en fecha 5 de septiembre. No consta en el expediente que dicha solicitud de contratación realizada vía internet con ENDESA ENERGÍA S.A.U. el 5-09-2014 fuese cancelada, con lo que parece que siguió su curso, llegando a generarse el contrato eléctrico número NUM004, el cual entró en vigor el 28-10-2014, provocando la baja en fecha 27-10-2014 del contrato suscrito con ENDESA ENERGÍA XXI. El contrato permaneció vigente un año hasta el 26-10-2015, cuando causó baja de nuevo, por cambio de comercializadora. Destaca, en particular, que el reclamante no hizo referencia alguna en su reclamación al hecho de haber solicitado una contratación vía internet el 5/09/2014.

4º) Transcurrido un año de vigencia del contrato con ENDESA ENERGÍA S.A.U. el consumidor solicitó de nuevo en las oficinas de Endesa la contratación del suministro con ENDESA ENERGÍA XXI la tarifa TUR Bono Social, contrato que sigue en vigor.

También alegaba en su escrito la vulneración de los principios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, derecho a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia.

El 8 de octubre de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución, que fue notificada a ambas empresas el 11 de septiembre de 2018, otorgándose un plazo para alegaciones, que cumplieron mediante escritos de 26 de octubre 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:

Don Elias , nacido el NUM005 de 1938, titular del CUPS NUM001 , correspondiente a la vivienda situada en DIRECCION000 , NUM000), 11100, San Fernando-Cádiz, solicitó de forma presencial en las oficinas de Endesa, en fecha 10 de octubre de 2014, contrato de suministro para la vivienda indicada, en la modalidad de tarifa TUR-Bono Social, con potencia contratada de 2,30 kW, con la comercializadora de referencia ENDESA ENERGIA XXI, lo que dio lugar al contrato número NUM003 , que fue activado el día 15 de octubre de 2014 y permaneció en vigor hasta el día 27 del mismo mes de octubre de 2014.

Dicha contratación presencial de la Tarifa TUR con ENDESA ENERGIA XXI dejó sin efecto el contrato número NUM002 , que había sido previamente suscrito en fecha 10 de septiembre de 2014, también de forma presencial y en la misma oficina, para el mismo domicilio y con la misma potencia contratada de 2,3 kW, con ENDESA ENERGIA S.A.U. bajo la modalidad "tarifa luz Endesa" que figura unido al folio 215 del expediente, tras haber sido aportado por esta última sociedad en el curso de las diligencias previas.

Con fecha 27 de octubre de 2014 fue activado por ENDESA ENERGIA S.A.U. un contrato de suministro en mercado libre para el mismo domicilio, que se identifica como contrato número NUM004 , dándose lugar a la baja del contrato a tarifa TUR-Bono social que había sido suscrito con ENDESA ENERGIA XXI y había sido activado el día 15 de octubre de 2014. Este contrato a mercado libre fue activado sin que mediara ninguna clase de solicitud del consumidor posterior a la suscripción del contrato a tarifa TUR realizada presencialmente en la oficina el 10 de octubre, y sin que se prestara por el consumidor consentimiento al cambio de compañía suministradora ni a la modificación de las condiciones contractuales (tarifa TUR-bono social) pactadas con ENDESA ENERGIA XXI en el contrato número NUM003 .

La activación en fecha 27-10-14 de este contrato a mercado libre (identificado como contrato número NUM004) es reconocida por ENDESA ENERGIA S.A.U. en su escrito de alegaciones, así como por ENDESA ENERGIA XXI, si bien ambas sociedades alegan que el consentimiento para dicha contratación había sido prestado por el consumidor en fecha 5 de septiembre de 2014 mediante una solicitud vía internet efectuada en dicha fecha, no cancelada posteriormente, y que dio lugar a la activación por ENDESA ENERGIA S.A.U el 27 de octubre de 2014.

ENDESA ENERGIA S.A.U. ha estado facturando el consumo para el CUPS de referencia durante el periodo de un año comprendido entre el 28 de octubre de 2014 y el 26 de octubre de 2015, bajo la modalidad "tarifa ONE luz", resultando el consumidor privado durante dicho periodo de los beneficios y descuentos asociados a la TUR-Bono social a los que resultaba acreedor en virtud del contrato suscrito con ENDESA ENERGIA XXI el 15 de octubre de 2014.

Para la misma vivienda, y transcurrido un año de facturación por ENDESA ENERGIA S.A.U., se suscribió de nuevo contrato de forma presencial en la oficina, en fecha 27 de octubre de 2015, con ENDESA ENERGIA XXI a tarifa TUR-bono social.

CUARTO.- Se razona en la resolución, sobre las circunstancias determinantes de la autoría de las infracciones imputadas, lo siguiente:

"(...) 1.- Activación de un contrato en mercado libre en fecha 27 de octubre de 2014.

Según se refleja en los hechos probados, el consumidor compareció en la oficina de la compañía el día 10 de octubre de 2014, realizando de forma presencial la contratación con ENDESA ENERGÍA XXI del suministro a tarifa TUR-Bono social, para su domicilio, con una potencia contratada de 2,30 kW.

El consentimiento del consumidor a esa contratación, efectuado presencialmente en las oficinas, dio lugar a la activación del contrato número NUM003 , quedando sin efecto el contrato NUM002 , que había sido suscrito de forma también presencial y en la misma oficina el 10 de septiembre de 2014 con ENDESA ENERGÍA S.A.U., bajo la modalidad de "tarifa luz Endesa".

Ello significa que tanto ENDESA ENERGÍA XXI, comercializadora de referencia entrante para el suministro a TUR, como ENDESA ENERGÍA, comercializadora saliente, consideraron válido el consentimiento del consumidor otorgado el 10 de octubre de 2014 para ser suministrado en la tarifa de bono social. Consecuencia de ello fue la activación de contrato para dicha modalidad y la facturación de la tarifa TUR-Bono social por los días comprendidos entre el 15 y el 27 de octubre de 2014.

Frente a dicha evidencia, no puede admitirse el argumento de ambas empresas de que la existencia de una solicitud efectuada *on line* en fecha 5 de septiembre de 2014, no cancelada de forma expresa por el consumidor, era constitutiva del consentimiento del consumidor para la activación en fecha 27 de octubre de 2014 (52 días más tarde de la supuesta solicitud *on line*) de un contrato a mercado libre y de la pérdida del bono social contratado presencialmente 17 días antes (en concreto, el día 10 del mismo mes de octubre) con ENDESA ENERGÍA XXI. Cualquiera que haya sido el contenido de la solicitud *on line* de 5 de septiembre, es evidente que la comparecencia personal posterior del consumidor en las oficinas para solicitar y contratar la tarifa TUR y el bono social habría anulado la previa solicitud efectuada *on line*.

Es evidente, asimismo, que solo una eventual actuación expresa del consumidor que se hubiera efectuado con posterioridad al 10 de octubre podría haber surtido, en su caso, el efecto de enervar el consentimiento otorgado en dicha fecha para contratar la TUR. No es ocioso recordar de nuevo que tal consentimiento para contratar a TUR, otorgado el 10 de octubre presencialmente por el consumidor, había sido considerado válido por ambas compañías.

En definitiva, la contratación presencial de la tarifa TUR-bono social efectuada el 10 de octubre de 2014 dejó sin efecto el contrato anterior a mercado libre de 10 de septiembre de 2014. En cambio, no dejó sin efecto otro contrato a mercado libre, también anterior, de 5 de septiembre de 2014. ENDESA ENERGÍA activó este último contrato a mercado libre 52 días después de su solicitud, privando al cliente de los beneficios de la tarifa TUR-bono social que tanto ENDESA como ENDESA ENERGÍA XXI habían dado por correctamente contratada. Dicho de otro modo, el cliente fue privado de la señalada tarifa TUR-bono social, más beneficiosa para él, debido a la circunstancia puramente interna de ENDESA de hacer prevalecer, sin previo aviso, un contrato libre (el de 5 de septiembre de 2014) sobre otro posterior de TUR-bono social (de 10 de octubre de 2014) que ambas comercializadoras (ENDESA y ENDESA XXI) habían considerado válido y que venía surtiendo efectos de manera favorable al consumidor".

Y en cuanto al incumplimiento de las medidas de información al consumidor y privación de la concreta medida de protección al consumidor que es el derecho a la tarifa TUR-Bono social, se señala que:

"Los hechos imputados y probados en el presente procedimiento se ciñen al periodo comprendido entre el 27 de octubre de 2014 (fecha de activación del contrato a mercado libre número NUM004) y el 27 de octubre de 2015 (fecha en que, transcurrido un año, vuelve a activarse el contrato TUR-bono social para el domicilio de referencia).

Si bien durante dicho período aún no estaba vigente el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, el cual describe en detalle los deberes de información a los consumidores vulnerables, lo cierto es que tales deberes de información ya resultaban recogidos entre las obligaciones previstas en el artículo 46 de la Ley. Entre tales obligaciones se encuentran i) la de tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente (art 46.1.j de la LSE); ii) la de informar de modo transparente y comprensible para el consumidor de las modificaciones de su contrato, que es el reverso del correlativo derecho del consumidor a ser informado de modo transparente y comprensible (art 44.1.e de la LSE).

Ambas obligaciones dejaron de cumplirse tanto por ENDESA ENERGÍA S.A.U que activó a su favor el contrato a mercado libre el 27 de octubre de 2014, como por ENDESA ENERGÍA XXI que, a dicha fecha, tenía activo un contrato a tarifa de bono social suscrito presencialmente unos días antes.

La presente Resolución debe hacer suyas las razones que llevaron al Instructor a considerar a ENDESA ENERGÍA XXI como cooperador necesario de la activación irregular por parte de la comercializadora libre de su grupo empresarial del contrato efectuada el 27 de octubre, con el resultado de la privación al consumidor del bono social del que en ese momento disfrutaba. Al respecto, se recuerdan los siguientes extremos que fueron señalados ya en la Propuesta de Resolución:

Ambas compañías comparten oficina comercial, y posiblemente, empleados, sistemas de información, y protocolos de verificación del consentimiento para las contrataciones. Ambas compañías parecen utilizar una numeración correlativa y no diferenciada de sus contratos, lo que indica que podrían compartir plenamente información.

Ambas compañías disponían, en cualquier caso, de la información relativa a la potencia contratada en el domicilio de este consumidor (ya que en distintas fechas de septiembre y octubre de 2014 ambas suscribieron diferentes contratos de suministro por 2,3 kW de potencia para dicho domicilio, según se indica en los hechos probados) y eran conocedoras de la avanzada edad de este consumidor (la cual consta en el DNI que hubo de exhibir en sus dos personaciones en septiembre y octubre en la oficina comercial), circunstancias ambas, decisivas de cara la protección del mismo en su condición de consumidor vulnerable, y que debieron activar las alertas en ambas empresas.

Pues bien, es evidente que, con ocasión de la solicitud de ENDESA ENERGÍA para la activación a su favor del contrato a mercado libre, ENDESA ENERGIA XXI, resultaba obligada a advertir tanto al consumidor, como a ENDESA ENERGÍA de las circunstancias del contrato a TUR vigente desde el 10 de octubre, y de que el paso a mercado libre determinaría la pérdida del bono social. Ello en virtud de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de la LSE que incumben a todas las comercializadoras. Igualmente debió advertir al consumidor de la pretensión de ENDESA ENERGÍA de activar un contrato a mercado libre, y de la consiguiente pérdida del bono social que ello implicaría. De haberse efectuado tal comunicación, el consumidor podría haber reaccionado antes de la activación del contrato a mercado libre, haciendo valer sus derechos.

Tanto una como otra compañía dejaron de aplicar las más elementales medidas de comunicación entre ambas y/o con el consumidor. Solo así es posible que se dejara sin efecto el contrato a tarifa TUR-bono social suscrito el 10 de octubre, tomando en consideración, según se indica, una solicitud on-line de 5 de septiembre, a pesar de que existían dos contrataciones de fecha posterior efectuadas personalmente en la oficina comercial, y respecto a las cuales se había considerado válidamente otorgado el consentimiento por el consumidor. Se alega por ambas sociedades que la circunstancia de no haberse cancelado expresamente por el consumidor dicha solicitud on-line fue determinante de la activación con causa en tal solicitud, del contrato NUM004. Pues bien, si los protocolos de estas compañías establecen la vigencia de una solicitud *on line* durante un periodo tan largo de tiempo, y a pesar de la existencia de dos contrataciones presenciales efectuadas posteriormente a aquella solicitud *on line*, es indudable que tampoco el consumidor fue informado de la necesidad de cancelar formalmente aquella petición.

Siendo ENDESA ENERGIA XXI la suministradora a TUR en el momento en que se activó por ENDESA ENERGÍA el contrato a mercado libre, resulta responsable de la aplicación de las medidas de protección del consumidor, entre ellas la de advertir al mismo de la pérdida del bono social. ENDESA ENERGIA XXI pudo asimismo advertir a ENDESA ENERGÍA de la existencia del contrato a TUR suscrito el 10 de octubre cuyo consentimiento dejaba sin efecto cualquier solicitud del consumidor de fecha anterior para una contratación diferente. Tales advertencias no se produjeron, siendo por ello ENDESA ENERGIA XXI responsable, como cooperador necesario, de la infracción, y de su resultado de pérdida del bono social por este consumidor".

QUINTO.- La demandante considera que no puede imputársele un incumplimiento de las medidas de protección al consumidor, toda vez que en la fecha de referencia observó escrupulosamente las obligaciones que le correspondían en cuanto comercializadora saliente y de referencia en la zona.

Señala que la CNMC considera que tanto la comercializadora entrante (Endesa XXI) como la saliente (Endesa Energía) validaron el consentimiento prestado por el cliente para contratar con Endesa XXI el 10 de octubre de 2014, pero este argumento obvia que en el proceso de contratación del suministro eléctrico: la comercializadora entrante (en la contratación efectuada el 10 de octubre de 2014, Endesa XXI, y en la activada el 28 de octubre de 2014, Endesa Energía) es la única que verifica y valida el consentimiento prestado por el cliente para la contratación, no correspondiéndole a la comercializadora saliente ninguna competencia en lo que se refiere a la verificación de la concurrencia de dicho consentimiento, limitándose a recibir la oportuna petición de baja del suministro por cambio de comercializadora. Soslayando asimismo que Endesa Energía S.A.U. y Endesa XXI son sociedades comercializadoras diferenciadas y actúan de tal manera en el mercado, pese a pertenecer al mismo grupo empresarial, así como las limitaciones impuestas por la normativa (entre otras, en el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión) en lo que se refiere a la información que se pone a disposición de la comercializadora saliente.

En cuanto a la conclusión a que llega la CNMC cuando afirma que "*Cualquiera que haya sido el contenido de la solicitud online de 5 de septiembre, es evidente que la comparecencia personal posterior del consumidor en las oficinas para solicitar y contratar la tarifa TUR y el bono social habría anulado la previa solicitud efectuada online*", se pregunta cómo es posible que Endesa XXI, con la sola presencia del Sr. Elías en la oficina comercial, pudiera haber sospechado o, incluso, adivinado, que éste había o podía haber realizado una solicitud de manera online con otra comercializadora (fuera del mismo grupo empresarial o no), tan sólo unos días antes, y cuyo proceso de activación se encontraba en curso, sino de haberlo puesto de manifiesto el propio Sr. Elías. Este, sin embargo, no indicó nada al respecto en el momento de la contratación con Endesa XXI, ni solicitó que

Endesa XXI comunicara a esa otra comercializadora su voluntad de cancelar tal proceso, ni parece, porque no consta en el expediente, que ejercitara su derecho a desistir -conforme el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, le asiste- respecto a la contratación online realizada el 5 de septiembre con esa otra compañía (Endesa Energía).

Lo que ocurrió, afirma, es que en fecha 10 de octubre de 2014 Endesa XXI se limitó a formalizar con el Sr. Elías el oportuno contrato de suministro -atendiendo a su petición-, verificar la concurrencia de todas las condiciones necesarias para su activación y, finalmente y una vez validado el cambio de comercializadora por la Compañía distribuidora de la zona, activar el contrato. Hasta aquí la intervención de Endesa XXI.

Como consecuencia de la activación del contrato suscrito el 10 de octubre de 2014, evidentemente quedó sin efecto - *no dejando sin efecto*, al ser un efecto automático de la activación de un nuevo contrato- el contrato que a la fecha de referencia tenía activado el cliente y que, en este caso, parece ser que se corresponde con el formalizado con fecha 10 de septiembre de 2014 con Endesa Energía, S.A.U. Así, si la activación del contrato por Endesa XXI no determinó que quedara sin efecto un contrato que el Sr. Elías suscribió con Endesa Energía, S.A.U. el 5 de septiembre de 2014, fue únicamente porque aquél no sería el vigente en el momento de dicha activación. Cualquier deducción que exceda de lo antedicho carece de cualquier tipo de fundamento jurídico.

El día 28 de octubre de 2014 Endesa Energía, S.A.U activa un contrato suscrito por el cliente, momento en el que, por tanto, Endesa XXI es la comercializadora saliente y Endesa Energía, S.A.U la comercializadora entrante. Y en esta fecha la intervención de Endesa XXI se limita a recibir una petición de baja del contrato por cambio de comercializadora, siendo su responsabilidad proceder a lo propio; desconociendo, por mandato normativo -Real Decreto 1435/2002- cuál es la comercializadora entrante y, por supuesto, los términos de la contratación origen de dicha orden.

En definitiva, alega que las anteriores precisiones acreditan una clara ruptura del nexo causal que se pretende establecer entre la actuación realizada por Endesa XXI-activación de contrato de suministro eléctrico el 10 de octubre de 2014- y la contratación activada por Endesa Energía, S.A.U. con fecha 28 de octubre de 2014. Y es que Endesa XXI en ningún momento intervino en el proceso de contratación iniciado por el cliente con Endesa Energía, S.A.U. el 5 de septiembre de 2014 y que concluyó con la activación el 28 de octubre de 2014; limitándose su intervención en este último momento a aceptar la baja del contrato por cambio de comercializadora cuando le fue solicitada, tal y como hubiera hecho en el caso de que el Sr. Elías hubiera solicitado el cambio de comercializadora con otra compañía de otro grupo empresarial.

Por todo ello, rechaza que lo argumentado por la CNMC permita imputar algún tipo de responsabilidad a Endesa XXI, puesto que las afirmaciones y acusaciones vertidas por la CNMC en relación con el actuar de la entidad, no solo no se corresponden con la realidad, sino que además vulneran los principios y garantías constitucionales consagrados en los artículos 24 y 25 de la CE, que exigen una carga probatoria adecuada y suficiente, más allá de apreciaciones subjetivas, suposiciones o meras conjeturas del Organismo actuante, que permita la configuración de una verdadera prueba de cargo capaz de sustentar el efectivo ejercicio del poder punitivo del Estado en cualquiera de sus formas.

Insiste en que observó todas las obligaciones que le eran exigibles tanto en el momento de formalización del contrato de suministro (10/10/2014) como en la fecha en la que tuvo lugar su baja (27/10/2014), habiendo garantizado en todo momento el derecho del consumidor a elegir suministrador y no habiendo incurrido en la inobservancia de la que se le pretende hacer responsable.

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 ».

SÉPTIMO.- Una vez sentados los anteriores principios generales, y centrándonos en el caso de autos, la resolución sancionadora imputa a ENDESA XXI la infracción tipificada en el artículo 65.25 LSE, consistente en el " incumplimiento de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables", y en particular su derecho a elegir suministrador, definido en el artículo 44.1 c) de la Ley.

La participación que se atribuye a ENDESA XXI es la de cooperador necesario de la activación irregular por parte de la comercializadora libre de su grupo empresarial (ENDESA ENERGÍA) del contrato el 27 de octubre de 2014, con el resultado de la privación al consumidor del bono social que en ese momento disfrutaba.

En el momento en que se produjeron los hechos (año 2014) estas obligaciones se encontraban descritas en el artículo 46. j) de la Ley: " Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente".

En concreto, en lo que se refiere a las medidas relativas al consumidor vulnerable y el bono social, no se había producido ese desarrollo reglamentario al que se remite el precepto, como se reconoce en la resolución sancionadora. No es hasta la aprobación del Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, cuando se establecen con detalle los deberes de información a los consumidores vulnerables.

En concreto, por lo que ahora interesa, el artículo 5, apartado 5 determina que:

"5. Cuando un consumidor que esté acogido al bono social vaya a suscribir un contrato con un comercializador en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor, en el marco de las obligaciones recogidas en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social.

Esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII.

Del mismo modo, cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél".

Especificando el apartado 6º, que el incumplimiento de estas medidas de protección al consumidor podrá ser sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Como hemos dicho, esta regulación no estaba en vigor en el momento en que ocurrieron los hechos, pero además, la obligación de informar al consumidor de que la suscripción de un contrato en mercado libre supone la pérdida de los derechos asociados al bono social se impone en la normativa de desarrollo al comercializador entrante, no al saliente, como en el caso del contrato activado el 27 de octubre de 2014 sería ENDESA XXI.

OCTAVO.- La resolución sancionadora afirma que con ocasión de la solicitud de ENDESA ENERGÍA para la activación a su favor del contrato a mercado libre, ENDESA XXI, resultaba obligada a advertir tanto al consumidor, como a ENDESA ENERGÍA de las circunstancias del contrato TUR vigente desde el 10 de octubre, y de que el paso a mercado libre determinaría la pérdida del bono social. Ello en virtud de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de la LSE que incumben a todas las comercializadoras. Igualmente debió advertir al consumidor de la pretensión de ENDESA ENERGÍA de activar un contrato a mercado libre, y de la consiguiente pérdida del bono social que ello implicaría. Considera, así, que ENDESA XXI resulta responsable de la aplicación de las medidas de protección del consumidor, entre ellas la de advertir al mismo de la pérdida del bono social

Ahora bien, como apunta la entidad recurrente, en la fecha en que ocurrieron los hechos no existía previsión normativa alguna que impusiera de manera específica a la comercializadora saliente la obligación de comunicar al consumidor que el paso a mercado libre determinaría la pérdida del bono social, como tampoco de informar a la comercializadora entrante de las circunstancias del contrato TUR vigente. Obligación que ni siquiera se impone en el desarrollo reglamentario posterior correspondiente a las obligaciones de información al consumidor vulnerable, en que dicha obligación de información se impone a la comercializadora entrante.

Se cita también como medida de protección incumplida la de informar de modo transparente y comprensible para el consumidor de las modificaciones de su contrato, como correlativa al derecho del consumidor contemplado en el artículo 44.1 e) LSE: " e) *Ser debidamente avisados de forma transparente y comprensible de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato sin coste alguno cuando reciban el aviso*". Pero en este caso, no se trataba de modificar las condiciones del contrato TUR, sino de su baja por cambio de comercializadora.

Tenemos, así, que la actuación de la entidad recurrente consistió en suscribir un contrato con el consumidor el 10 de octubre de 2014 con la tarifa de bono social, respecto del cual no cuestiona que hubiera cumplido las obligaciones de información y protección al consumidor que legalmente le corresponde, y dar de baja el mismo por cambio de comercializadora en fecha 27 de octubre de 2014, sin que se cite normativa alguna que le impusiera específicamente como comercializadora saliente la obligación de verificar el consentimiento del titular para la suscripción de un nuevo contrato con otra comercializadora, ni de informarle de que ello determinaría la pérdida del derecho al bono social.

Por otro lado, la resolución sancionadora considera que ENDESA XXI es responsable a título de cooperadora necesaria puesto que atendió a la activación de un contrato a mercado libre solicitado 52 días antes (el 5/9/2014), dándole preferencia sobre otro suscrito en fecha posterior (10/10/2014) que venía aplicando el beneficio del bono social. Ahora bien, lo cierto es que no queda acreditado en el expediente que ENDESA XXI tuviera conocimiento de la existencia de una contratación previa *on line* efectuada por el consumidor el 5 de septiembre de 2014 con otra entidad, ni de que la baja del contrato por cambio de comercializadora obedeciera a la activación de ese contrato previo firmado, más allá de meras suposiciones basadas en la circunstancia de que ENDESA XXI y ENDESA ENERGÍA, al pertenecer al mismo grupo empresarial, compartían oficina comercial, presumiendo por ello la resolución sancionadora que por ese hecho "posiblemente" compartían empleados, sistemas de información, y protocolos de verificación del consentimiento para las contrataciones, lo que indica que podrían compartir plenamente información.

Además, como también destaca la parte recurrente, el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión impide a los comercializadores conocer la identidad del suministrador del cliente en el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro (artículo 7) y la comercializadora saliente recibe la petición de cambio de comercializador de la compañía distribuidora de la zona, no de la comercializadora entrante, aunque pertenezca al mismo grupo empresarial.

La conclusión de lo expuesto es que, a juicio de la Sala no ha quedado acreditada una conducta culpable en la actuación de la entidad demandante derivada del incumplimiento de las medidas de protección al consumidor merecedora de sanción, por lo que procede estimar el recurso y anular la resolución impugnada.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA se imponen las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

ESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **328/2019** interpuesto por la representación procesal de entidad **ENDESA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento las medidas de protección al consumidor en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica con tarifa de bono social; resolución que se anula.

Con imposición de costas a la parte demandada.

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

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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