



Roj: **SAN 1917/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1917**

Id Cendoj: **28079230042022100269**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/04/2022**

Nº de Recurso: **538/2020**

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: 0000538 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03451/2021

Demandante: ENDESA ENERGÍA, S.A. U

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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 trece de abril de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **538/2020** 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 5 de marzo de 2020, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento reiterado de los requisitos establecidos para la formalización de los contratos de suministro de energía eléctrica.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 21 de abril de 2020 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 29 de abril de 2020, 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 23 de julio de 2020, 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 y, sobre la base de los argumentos expuestos en el presente escrito de demanda, acuerde (i) la nulidad o, en su defecto, anulabilidad de la citada resolución, dejándola sin efecto o; (ii) subsidiariamente, para el caso de que se llegase a confirmar las infracciones cuya comisión se imputa a mi mandante, la procedencia de graduar el importe de las sanciones al mínimo legalmente previsto para las infracciones leves en la LSE, en aplicación del principio de proporcionalidad>>.

TERCERO. - La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 16 de septiembre de 2020, 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 7 de abril de 2022, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO. - La cuantía del recurso se ha fijado en 300.000,00 €

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 (ENDESA) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 5 de marzo de 2020, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento reiterado de los requisitos establecidos para la formalización de los contratos de suministro de energía eléctrica.

Esta resolución declara a dicha entidad responsable de la comisión de tres infracciones graves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.23 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 100.000 €, por cada una de las tres infracciones cometidas, de modo que el importe agregado de las tres sanciones asciende a la cantidad de 300.000 €.

SEGUNDO. - El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito de denuncia presentado por D. Luis Alberto y D^a Evangelina , en condición de herederos de D. Ángel Daniel , mediante el cual denunciaban tres cambios de suministrador sin consentimiento. El titular de los tres puntos de suministro objeto de la reclamación era D. Ángel Daniel -fallecido, según el Registro Civil de Barcelona, el 31 de marzo de 2017-y las direcciones y CUPS de los mismos son las siguientes:

- CALLE000 , NUM000 (08034 - Barcelona). CUPS: NUM001
- CALLE000 , NUM002 (08034 - Barcelona). CUPS: NUM003
- PASEO000 , NUM004 (08034 - Barcelona). CUPS: NUM005 .

Las sociedades involucradas en los hechos denunciados son las sociedades ENDESA ENERGÍA, S.A. y ENDESA ENERGÍA, XXI. S.L.U. («ENDESA XXI»).

Los denunciantes manifestaron que en septiembre de 2017 observaron que, en los contratos antes referenciados, se habían producido cambios sin consentimiento del titular. Los cambios advertidos afectaban a la comercializadora, a la tarifa aplicable, a la potencia y a la tensión del suministro.

El 3 de abril de 2018, y sobre la base de la reclamación presentada, el Director de Energía procedió a dictar acuerdo de apertura de un periodo de información previa, y, a tales efectos, requirió tanto a ENDESA ENERGÍA, S.A como a ENDESA 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 acreditarasen el historial de comunicaciones con el consumidor y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente.

Al no atender al requerimiento en plazo, en fecha 7 de mayo de 2018 se reiteró la solicitud de información.

El 28 de mayo de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A. atendió el requerimiento de información que le fue reiterado manifestando, respecto a los hechos objeto de denuncia, lo siguiente:

- Que, con fecha 22 de agosto de 2017, D. Ángel Daniel contrató con ENDESA ENERGÍA, S.A. de forma presencial, con una potencia de 9,20 kW y una tensión de 230 V, los tres suministros eléctricos objeto de discrepancia.
- Que, con ocasión de la citada contratación, se generaron tres contratos que entraron en vigor el 23 de agosto de 2017 y cursaron baja el 7 de noviembre de 2017, el 4 de noviembre de 2017 y el 6 de abril de 2018 respectivamente, por cambio de comercializadora.
- Que, respecto a la reclamación presentada por los herederos de D. Ángel Daniel, a través de la web de ENDESA ENERGÍA, S.A., con fecha 31 de octubre de 2017, se le comunicó que en la contratación no se advirtió ninguna irregularidad.
- Que, respecto a la nueva reclamación presentada el 2 de noviembre de 2017, pese a entender conforme a la normativa las contrataciones, ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a tramitar la devolución de los suministros a su compañía anterior.
- Que, con fecha 5 de diciembre de 2017, D. Luis Alberto, en su condición de heredero de D. Ángel Daniel, remitió a ENDESA ENERGÍA, S.A. escrito de disconformidad con la contratación y baja de los contratos efectuados.
- Que, una vez verificadas las bajas de los contratos asociados a los suministros de la CALLE000, NUM000 y NUM002, se informó al reclamante que para solicitar copia de los contratos debería remitir comunicación a la dirección Ribera del Loira, 60 de Madrid.
- Que, con fecha 21 de diciembre de 2017, D. Luis Alberto remitió nuevo escrito de disconformidad y ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a remitir respuesta en el mismo sentido, adjuntando copia de los contratos solicitados.
- Que, respecto al contrato correspondiente al suministro del PASE0000, NUM004, debido a un error involuntario en la tramitación de la solicitud del reclamante, se produjo un retraso en la devolución del punto de suministro a su anterior comercializadora continuando el contrato en vigor hasta el 6 de abril de 2018. No obstante, debido al retraso en la tramitación de la baja se procedió a la devolución de los importes facturados.

Con fecha 5 de junio de 2018 ENDESA XXI presentó escrito a través del cual se da cumplimiento al requerimiento de información practicado el 3 de abril de 2018. ENDESA XXI expone los hechos en términos similares a lo manifestado por ENDESA ENERGÍA, S.A. No obstante, lo anterior respecto a la restitución de las potencias contratadas, expone que: «(...) no fue posible, ya que, de acuerdo a la Resolución del 8 de septiembre de 2006 de la Dirección General de Política Energética y Minas, todos los puntos de suministro deben acogerse a una de las potencias normalizadas publicadas en el BOE de 27 de septiembre de 2006 (...)»

En fecha 12 de diciembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGIA, S.A. por presunto incumplimiento reiterado de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica.

Según el citado acuerdo, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la presunta activación el 23 de agosto de 2017 por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., sin consentimiento del consumidor D. Ángel Daniel, de los contratos de suministro eléctrico, ubicados en las direcciones y correspondientes a los CUPS antes señalados.

Los cambios practicados, sin consentimiento del titular, se mantuvieron hasta el 4 de noviembre de 2017 en el contrato correspondiente al suministro de la CALLE000, NUM002 (08034 - Barcelona); hasta el 7 de noviembre de 2017 en el contrato correspondiente al suministro de la CALLE000, NUM000 (08034 - Barcelona); y, finalmente, hasta el 6 de abril de 2018 en el contrato correspondiente al suministro del PASE0000, NUM004 (08034 - Barcelona).

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban en el acuerdo de incoación como infracción grave prevista en el artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, «El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, así como de las condiciones de contratación y de apoderamiento con los clientes».

La reiteración se debía a la existencia de otras dos resoluciones firmes contra ENDESA ENERGÍA, S.A. por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes. En concreto:



La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en sesión de 12 de enero de 2017 y en el marco de los procedimientos sancionadores SNC/DE/025/16, y SNC/DE/027/16, acordó declarar a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A. «responsable de la comisión de una infracción leve», en cada uno de citados expedientes, de conformidad con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, debido al incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

La misma Sala de Supervisión Regulatoria, esta vez en sesión de 23 de febrero de 2017, en el marco del procedimiento SNC/DE/041/16, acordó declarar a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A. «responsable de la comisión de una infracción leve», de conformidad con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Tras la tramitación del procedimiento sancionador se dictó la resolución sancionadora objeto de este recurso, imponiendo a ENDESA ENERGÍA, S.A una sanción consistente en el pago de una multa de 100.000 €, por cada una de las tres infracciones graves cometidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.23 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, lo que asciende a un total de 300.000 €.

TERCERO. - Es ta resolución considera probados los siguientes hechos:

I.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el 23 de agosto de 2017 el contrato de suministro eléctrico en mercado libre (Tempo 24 horas) para la vivienda ubicada en la CALLE000 , NUM000 (08034 - Barcelona). (CUPS: NUM001) sin consentimiento del titular D. Ángel Daniel , contratación que se mantuvo hasta el día 7 de noviembre de 2017.

La activación del contrato «Tempo 24 horas» comportó el cambio de suministro de la tarifa regulada (PVPC) a un contrato en mercado libre.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. D. Ángel Daniel falleció el 31 de marzo de 2017, a la edad de 87 años, según Certificación literal del Registro Civil de Barcelona (folio 266 del expediente administrativo). Esto es, el titular del contrato falleció más de cuatro meses antes de la formalización "presencial" del contrato.

2. Las firmas de la documentación correspondiente al contrato «Tempo 24 horas», a través del cual se prestaría supuestamente el consentimiento para el cambio de suministro, son manifiestamente distintas a la firma que figura en el DNI del sujeto fallecido D. Ángel Daniel (folios 145, 147, 148 y 149 del expediente administrativo)

3. La devolución del punto de suministro con la comercializadora (regulada) anterior, según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A., ante la solicitud del reclamante: «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, ante la solicitud realizada por el reclamante, pese a entender conforme la contratación realizada con Endesa Energía, S.A., se procedió a tramitar la devolución de los puntos de suministro con su anterior compañía». (folio 89 del expediente administrativo).

II.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el 23 de agosto de 2017 el contrato de suministro eléctrico en mercado libre (Tempo 24 horas) para la vivienda ubicada en la CALLE000 , NUM002 (08034 - Barcelona). (CUPS: NUM003) sin consentimiento del titular D. Ángel Daniel , contratación que se mantuvo hasta el día 4 de noviembre de 2017.

La activación del contrato «Tempo 24 horas» comportó el cambio de suministro de la tarifa regulada (PVPC) a un contrato en mercado libre.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. D. Ángel Daniel falleció el 31 de marzo de 2017, a la edad de 87 años, según Certificación literal del Registro Civil de Barcelona (folio 266 del expediente administrativo). Esto es, el titular del contrato falleció más de cuatro meses antes de la formalización "presencial" del contrato.

2. Las firmas de la documentación correspondiente al contrato «Tempo 24 horas», a través del cual se prestaría supuestamente el consentimiento para el cambio de suministro, son manifiestamente distintas a la firma que figura en el DNI del sujeto fallecido D. Ángel Daniel (folios 138, 140, 141 y 142 del expediente administrativo)

3. La devolución del punto de suministro con la comercializadora (regulada) anterior, según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A., ante la solicitud del reclamante: «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, ante la solicitud realizada por el reclamante, pese a entender conforme la contratación realizada con Endesa Energía, S.A., se procedió a tramitar la devolución de los puntos de suministro con su anterior compañía». (folio 89 del expediente administrativo).

III.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el 23 de agosto de 2017 el contrato de suministro eléctrico en mercado libre (Tempo 24 horas) para la vivienda ubicada en el PASEO000 , NUM004 (08034 - Barcelona).

(CUPS: NUM005) sin consentimiento del titular D. Ángel Daniel , contratación que se mantuvo hasta el día 6 de abril de 2018.

La activación del contrato «Tempo 24 horas» comportó el cambio de suministro de la tarifa regulada (PVPC) a un contrato en mercado libre.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. D. Ángel Daniel falleció el 31 de marzo de 2017, a la edad de 87 años, según Certificación literal del Registro Civil de Barcelona (folio 266 del expediente administrativo). Esto es, el titular del contrato falleció más de cuatro meses antes de la formalización presencial del contrato.

2. La remisión, con fecha 27 de diciembre de 2017, sin firmar de la supuesta contratación del suministro (con identificación del DNI del titular fallecido, Dirección del suministro - PASEO000 , NUM004 -, CUPS, Referencia catastral, tarifa de acceso, potencia, tensión y Código de cuenta bancaria) con ENDESA ENERGÍA, S.A., por parte de D. Ángel Daniel el 22 de agosto de 2017.

3. Las firmas de la documentación correspondiente al contrato «Tempo 24 horas», remitida en mayo de 2018, a través del cual se prestaría supuestamente el consentimiento para el cambio de suministro, son manifiestamente distintas a la del DNI del sujeto fallecido D. Ángel Daniel (folios 129, 131, 133, 134 y 135 del expediente administrativo).

4. La devolución del punto de suministro con la comercializadora (regulada) anterior, según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A. ante la solicitud del reclamante: «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, ante la solicitud realizada por el reclamante, pese a entender conforme la contratación realizada con Endesa Energía, S.A., se procedió a tramitar la devolución de los puntos de suministro con su anterior compañía». (folio 89 del expediente administrativo).

La devolución de todos los importes facturados sobre la base de la contratación sin consentimiento, mediante el contrato «Tempo 24 horas», del suministro del PASEO000 , NUM004 , según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A.: «No obstante lo anterior, teniendo en cuenta el retraso en la devolución con su anterior compañía del domicilio sito en PASEO000 , NUM004 , 08034 Barcelona, tras su solicitud en el mes de noviembre de 2017, y siguiendo nuestra política y compromiso con la mejora continua de nuestras prácticas comerciales y la calidad de atención a todos nuestros Clientes, por deferencia comercial se ha procedido a anular todas las facturas correspondientes a dicho contrato (facturas NUM006 , NUM007 , NUM008 y NUM009).

CUARTO. - Se razona en la resolución, en relación con el elemento subjetivo de la culpabilidad que:

"La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad, implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos.

Entre las obligaciones de los comercializadores, figura la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador. Dicha obligación, correlativa a tal derecho del consumidor, supone asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. Presupuesto necesario de ello es la acreditación de la identidad del consumidor, deber inexcusable de la comercializadora.

En el presente caso, consta probado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de D. Ángel Daniel sin su consentimiento, habida cuenta que había fallecido meses antes del alta de los contratos, como ha quedado acreditado en el procedimiento.

Las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. sobre una presunta falta de culpabilidad no tienen sustento fáctico ni jurídico alguno, pues ha quedado sobradamente acreditada la inexcusable negligencia en la que incurrió la infractora en la deficiente comprobación de la identidad de ese supuesto sujeto firmante.

A lo largo de sus alegaciones, ENDESA ENERGÍA, S.A. dedica muchas páginas a demostrar que su procedimiento de control es idóneo y que únicamente una situación excepcional impidió que dichos controles funcionaran de manera correcta, pero ello debe ser tajantemente rechazado, pues la infractora se conformó con cumplir un trámite formal, vaciando de esa manera el verdadero núcleo de la obligación legal.

Es claro que siempre puede existir la amenaza de un fraude y que la mera actualización de este no puede achacarse automáticamente al comercializador, pero ello no puede entenderse como una exigencia incondicional para el mantenimiento del celo en los controles.

En este caso ni siquiera ha quedado fehacientemente acreditado que existiera firma del contrato en agosto de 2017, pues las alegaciones al respecto de ENDESA ENERGÍA, S.A. carecen de verosimilitud y fuerza probatoria,



al aportarse únicamente impresiones de pantalla que nada demuestran más que el marcaje de una fecha en una casilla. ENDESA ENERGÍA, S.A. habría podido remitir el documento con la firma cuando se le pidió, en lugar de expedir una copia de las condiciones generales y los datos de contratación. Con todo, no constando como hecho probado la manipulación de la firma por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., sí que puede atribuirse a la citada mercantil la ausencia de una diligente comprobación de la identidad del supuesto firmante, cuya rúbrica no coincidía con la del DNI de D. Ángel Daniel

No puede hacer esta Sala apreciaciones sobre la coincidencia fisonómica del presunto suplantador, si lo hubo, más allá de que es forzoso reconocer que su aspecto no podía ser en ningún caso equivalente al de la fotografía del documento de identidad. Se trata de otro dato más de la deficiente comprobación, que determina la culpabilidad sin ambages de ENDESA ENERGÍA, S.A. por haber realizado una negligente labor de verificación de los datos de identidad de la presunta persona firmante, contentándose con recabar documentación de manera cuasiautomática y sin hacer análisis crítico de la misma.

Por tanto, debe concluirse que en el presente caso concurre una culpabilidad a título de negligencia grave, al no haberse observado la mínima diligencia exigible en orden a obtener y comprobar la identidad del consumidor titular de los tres contratos de suministro".

QUINTO. - La demanda expone que el origen del presente recurso hay que situarlo en el mes de agosto de 2017, fecha en la que una persona identificada como Ángel Daniel acudió físicamente a un Punto de Servicio (en adelante, PDS) de Endesa y formalizó una serie de contratos de suministro eléctrico con la compañía comercializadora de electricidad Endesa Energía, S.A.U.

Dichas contrataciones fueron realizadas de manera presencial en el PDS con número de referencia NUM011 - RESEN, ubicado en la C/ DIRECCION000 , NUM010 , de Santa Coloma de Gramenet, en el que se personó el contratante a tal fin y se recabaron los datos del titular de los contratos (incluido el CUPS, números de teléfono, así como el número de cuenta bancaria en los que se cargaron las facturas emitidas) junto a la fotocopia del DNI del Sr. Ángel Daniel .

Según consta en los sistemas comerciales de Endesa Energía, el 25/10/2017 se presentó una reclamación de manera presencial en un PDS (reclamación nº NUM012) en la que se indica que el titular solicita información acerca de la modificación de unos contratos. Endesa Energía trató de contactar vía telefónica con el cliente en los días 26/10/17, 31/10/17 y 16/11/17, a través de uno de los números de teléfono que figuran en los contratos. No obstante, tras tres intentos sin éxito, se cerró la reclamación en fecha 16/11/2017.

En los referidos sistemas constan dos reclamaciones presentadas en fecha 31/10/17 (reclamación nº 3-29313155758) y 02/11/17 (reclamación nº NUM013), respectivamente, a través de la web de Endesa, poniendo de manifiesto un cambio de comercializadora sin la autorización de su titular. No obstante, quien las presenta, no se identifica, actuando como si se tratase del propio titular llegando a solicitar incluso la autorización dada por él para el cambio de comercializador (pese a que, quien lo solicitaba, debía ya conocer que a la fecha de contratación el titular estaba fallecido).

Consta un escrito de reclamación, fechado el 26/10/2017, y enviado por burofax el 01/12/2017 por D. Luis Alberto , dando lugar a la apertura de tres reclamaciones una vez se recibió el mismo el 05/12/2017.

En dicho escrito de reclamación se pone de manifiesto el cambio de comercializadora para los tres citados puntos de suministro sin la autorización de su titular, solicitando la aplicación de las condiciones inicialmente contratadas. En dicho escrito tampoco se informa de manera expresa del fallecimiento del titular a la fecha de contratación.

El 20/12/2017, D. Luis Alberto , hijo del fallecido, a través de MITANNI CONSULTORES, remite a Endesa Energía nueva reclamación por burofax (folios 27 a 30 del expediente administrativo). Dicha reclamación reitera lo ya manifestado en la reclamación remitida el 01/12/2017, y, de nuevo, no se informa sobre el fallecimiento del titular D. Ángel Daniel a la fecha de contratación.

Con fecha 22/12/2017, Endesa Energía dio respuesta a la reclamación antes referida remitida por burofax el 01/12/2017. Dicha respuesta, la cual iba dirigida al titular, informaba acerca de la inexistencia de error en la potencia contratada.

Con fecha 27/12/2017, y en respuesta a la reclamación presentada relativa a datos técnicos del contrato, Endesa Energía remite al titular, D. Ángel Daniel , dicha copia extraída de sistemas, referida al CUPS NUM014 , y dirección PASEO000 , NUM004 , 08034, Barcelona

En fecha 11/05/2018, tras la apertura por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el mes de abril de 2018 del expediente informativo CNS/DE/193/18, Endesa Energía remite a la atención de D. Luis Alberto , información sobre el estado de los contratos del titular, así como la confirmación de que las



contrataciones eran correctas (conforme a los contratos firmados presencialmente), y que, pese a lo anterior, por deferencia comercial por la reclamación presentada, se había procedido a la devolución de los importes cobrados para la dirección PASEO000 , NUM004 , 08034 Barcelona, por el retraso en la devolución a su anterior compañía tras la solicitud realizada.

Señala que la devolución de dichos importes se realizó en todo caso a favor de una las cuentas que estaban informadas en los contratos de Endesa Energía a nombre del titular (NUM015) así como a favor de la cuenta nº NUM016 . Esta segunda cuenta consta en sus sistemas a raíz de que, en fecha 20/02/2018, alguna persona (desconoce quién) a través de la web de Endesa, con el nombre de usuario y contraseña del cliente, domicilió en dicha cuenta el contrato para el punto sito en PASEO000 , NUM004 .

A la vista de la documentación obrante en el expediente administrativo e identificada, no consta que el reclamante hiciera referencia alguna ni comunicara el fallecimiento del titular de los contratos (D. Ángel Daniel), ni a Endesa Energía ni, salvo error, a la CNMC, hasta su escrito de 03/07/2018. Es más, con independencia de la fecha del referido escrito, Endesa Energía no tuvo acceso al mismo hasta que se le dio traslado de copia del expediente administrativo tras la incoación del procedimiento administrativo sancionador (el 21 de diciembre de 2018, como consta en los folios 285 y 286 del expediente administrativo).

Partiendo de lo expuesto, y como motivos de impugnación, opone los siguientes:

- 1.- Vulneración del principio de objetividad y del derecho a la presunción de inocencia del administrado.
- 2.- Errónea valoración de los hechos acaecidos. Contrataciones dotadas de plena apariencia de veracidad. Observancia por Endesa Energía de la diligencia que le era exigible.
- 3.- Eventual inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente infringidos por Endesa Energía.
- 4.- Observancia por Endesa Energía de todas las obligaciones que le eran exigibles en cuanto comercializadora. Falta de subsunción de los hechos en los tipos infractores imputados. Inexistencia de infracción.
- 5.- Vulneración del principio de culpabilidad.
- 6.- Vulneración del principio de proporcionalidad.

SEXTO. - Vulneración del principio de objetividad y del derecho a la presunción de inocencia del administrado.

Denuncia la demandante que el instructor del procedimiento actuó con falta de objetividad, como se pone de manifiesto en la propuesta de resolución en la que se consignan afirmaciones categóricas en relación con los hechos, sobre la base de meras presunciones, condicionando el resultado del procedimiento, y trasladando abusivamente sobre la entidad la obligación de acreditar un hecho negativo, esto es, la no comisión de la infracción que se le imputa. Señala que solo hay que examinar las alegaciones formuladas por Endesa Energía en el marco del procedimiento administrativo para comprobar la profundidad de estas y el enorme esfuerzo -desproporcionado a todas luces- realizado por dicha mercantil para aportar pruebas acreditativas de su "inocencia" y rebatir las acusaciones formuladas por la Administración demandada; habiéndose alterado por completo las garantías procedimentales que rigen el derecho administrativo sancionador, colocándola en una "posición de defensa" en la que nada de lo que argumenta, prueba y justifica resulta suficiente para hacer valer su derecho a la presunción de inocencia, quedando, por tanto, en una posición de total indefensión.

Se refiere en concreto a las afirmaciones que vienen a insinuar que las firmas de los contratos aportados por Endesa fueron manipuladas con posterioridad, señalando que, no es cierto que un tercero, suplantando la identidad del fallecido Sr. Luis Alberto , efectuase los tres cambios de suministro, sino que tales contratos, cuya titularidad se pretende atribuir al Sr. Ángel Daniel , fueron manipulados con posterioridad al mes de diciembre de 2017.

Por ello, considera que el acto administrativo adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho, al amparo de lo dispuesto en el art. 47.1, apartados a) de la LPAC.

SÉPTIMO.- Este motivo ha de ser rechazado, puesto que, como se pone de manifiesto en la resolución sancionadora, el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, garantiza la debida separación entre la fase instructora y la resolutoria, de manera que es el Pleno o la Sala correspondiente, a quien corresponde determinar el sentido de la resolución a partir de la propuesta elevada por la instrucción, cuya principal tarea consiste en determinar los hechos acaecidos y proponer, bien el archivo, bien la imposición de una sanción, cuya valoración última corresponde a la Sala o el Pleno.

En este caso, el hecho de que el Instructor del procedimiento extrajera una serie de conclusiones sobre los hechos acaecidos, a partir de la documentación y demás datos obrantes en el expediente administrativo,



aunque no se correspondieran con la realidad o no estuvieran suficientemente sustentadas en pruebas objetivas, no determina una falta de imparcialidad determinante de nulidad.

Pero es que, además, las afirmaciones a las que se refiere la recurrente no fueron asumidas en la resolución sancionadora, que expresamente declara que "no constando como hecho probado la manipulación de la firma por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., sí que puede atribuirse a la citada mercantil la ausencia de una diligente comprobación de la identidad del supuesto firmante, cuya rúbrica no coincidía con la del DNI de D. Ángel Daniel".

Por tanto, no puede considerarse que las valoraciones del Instructor en el sentido expuesto hayan sido determinantes de la decisión final, que se sustenta en la falta de diligencia de la entidad en la comprobación de la identidad del supuesto firmante de los contratos, y no en la manipulación de su firma.

En consecuencia, no cabe entender vulnerado el principio de presunción de inocencia.

OCTAVO. - Er rónea valoración de los hechos acaecidos. Contrataciones dotadas de plena apariencia de veracidad. Observancia por Endesa Energía de la diligencia que le era exigible.

Sostiene la recurrente que existen multitud de elementos que dotan de verosimilitud a las circunstancias descritas por Endesa Energía y que demuestran la inexistencia de cualquier responsabilidad en los hechos acaecidos. Sin embargo, la Administración demandada, en lugar de detenerse a examinar detalladamente las pruebas aportadas -si se quiere, indiciarias, pero tanto o más que las enunciada por el Órgano instructor-, se limita a manifestar que no comparte las apreciaciones de Endesa Energía, S.A. por cuanto los hechos alegados no desvirtúan las apreciaciones de la Propuesta de Resolución, considerando que el exhaustivo análisis de sus procedimientos internos [...] no justifica por qué no se comprobó suficientemente la veracidad del consentimiento del titular, ligada en este caso a la identidad del mismo.

A su juicio, esta afirmación parte de un presupuesto erróneo, pues presupone que Endesa Energía no comprobó el consentimiento efectivo del titular del contrato, cuando dicho consentimiento fue plenamente constatado siguiendo el procedimiento de control adecuado en atención a las circunstancias concurrentes e implantado de conformidad con las exigencias legalmente impuestas. Manifiesta que quizá el procedimiento no ha resultado efectivo por existir unas circunstancias en todo punto extraordinarias que determinaron la imposibilidad de Endesa Energía de detectar que el titular de los contratos no fue el firmante de los mismos, si bien, eso en modo alguno debe suponer necesariamente, ni que la empresa comercializadora no haya cumplido su deber legal de comprobar la existencia de dicho consentimiento efectivo, ni que se haya limitado a un mero cumplimiento formal de dicho deber, dado que, las medidas de control adoptadas fueron las adecuadas atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes.

Sin embargo, la resolución no aborda ni justifica cuáles son las razones por las que no considera cada una de las pruebas aportadas, limitándose a concluir que carecen de verosimilitud o fuerza probatoria.

Afirma que el procedimiento de control se realizó en este caso de forma escrupulosa: (i) por el PDS, quien tuvo delante de sí a una persona que se identificó aportando su DNI expedido en el año 2004 (13 años de la contratación)-del que se obtuvo la pertinente copia-, proporcionó toda la información necesaria para la formalización del contrato y suscribió el mismo con una firma prácticamente igual que la del DNI, (ii) por Endesa Energía, comprobando que los contratos disponían de toda la información necesaria, la existencia de DNI y la inexistencia de ningún tipo de indicio que pudiera sugerir algún defecto en la contratación que le llevara a efectuar controles adicionales y, (iii) por la Compañía Distribuidora. Controles todos ellos que determinaron finalmente la activación de los contratos.

Por su parte, las pruebas aportadas por Endesa Energía ponen de manifiesto la procedencia de dotar de una absoluta verosimilitud al relato fáctico por ella descrito, lo que determina la no conformidad a Derecho del pronunciamiento efectuado por la Administración demandada, al existir pruebas que justifican que actuó con una diligencia más que razonable, atendiendo a las concretas circunstancias que rodearon a las contrataciones, y que expone con detalle.

NOVENO.- La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente, pues la Administración sí valoró las pruebas aportadas y los argumentos ofrecidos por Endesa Energía, pero concluye que, a pesar de que efectúa un exhaustivo análisis de sus procedimientos internos y de sus credenciales como entidad reconocida por sus procedimientos de captación de clientes, dicho análisis *in abstracto* no justifica por qué no se comprobó suficientemente la veracidad del consentimiento del titular, ligada en este caso a la identidad del mismo.

Añade, en esa valoración, que no se trata de considerar más o menos acreditados los protocolos con que cuentan las compañías para conjurar los posibles riesgos en materia de consumidores, sino de comprobar



si en este caso concreto se ha cumplido con el deber impuesto legalmente de comprobar el consentimiento efectivo por parte del titular.

Y analiza los argumentos presentados por Endesa Energía, S.A, manifestando que los mismos prueban que, efectivamente, existe un procedimiento interno, pero no prueban que ese procedimiento haya sido útil ni adecuado para el cumplimiento de la obligación legal, ni desacreditan los hechos declarados probados por la instrucción.

DÉCIMO. - So stiene la recurrente que la observancia de esos procedimientos internos de control demuestra que actuó con la diligencia exigible, lo que entronca con el principio de culpabilidad que también considera vulnerado, y que, por razones sistemáticas, procederemos a analizar a continuación

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».

UNDÉCIMO. - Un a vez sentados los anteriores principios generales, y centrándonos en el caso de autos, la resolución sancionadora considera que Endesa Energía no cumplió con su obligación de asegurar la libertad del consumidor de elegir suministrador, puesto que procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de D. Ángel Daniel sin su consentimiento, habida cuenta de su fallecimiento meses antes del alta de los contratos.

Pues bien, la Sala ha de confirmar estos razonamientos, 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 la identidad del consumidor en el momento de efectuar la contratación, teniendo en cuenta que dicho consumidor había fallecido meses antes, por lo que es evidente que no fue él quien acudió a las oficinas de Endesa a suscribir los contratos, lo que debería haber sido advertido por la comercializadora, no sólo al contrastar la firma plasmada en los contratos con la del DNI, sino también en cuanto a la fisonomía de la persona que habría firmado los contratos, que no podía ser la misma que la del titular de D. Ángel Daniel, con independencia de que el DNI hubiera sido expedido 14 años antes, como alega.

Por ello, hemos de concluir que, a pesar de los protocolos internos de control, 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; siendo el incumplimiento de dicha obligación la conducta infractora.

Se señala en la demanda que Endesa Energía actuó en la creencia objetivamente fundada de que la persona que firmó y perfeccionó el contrato era quien decía ser, al no existir indicio alguno de que no fuera así, pero lo cierto es que esa creencia no puede considerarse fundada cuando la persona que supuestamente firmó los contratos había fallecido meses antes. A la comercializadora no se le exige una creencia, sino una constatación fehaciente de la verdadera identidad de los consumidores con los que suscribe los correspondientes contratos.

Y a ello no obsta el hecho de que hubiera tenido conocimiento del fallecimiento con posterioridad, pues una mayor diligencia en la comprobación de la coincidencia entre de la persona que acudió a firmar los contratos y su firma con el DNI hubiera permitido advertir que no podía ser D. Ángel Daniel.

Es cierto, por otro lado, que la demandante, una vez tuvo conocimiento de los hechos, procedió a la devolución de los puntos de suministro y de los importes facturados, 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 más diligente, por ejemplo, mediante una comprobación ulterior de manera telefónica, como ha hecho en otras ocasiones en las que la contratación se ha realizado a través de un tercero, y a la que esta Sala ha reconocido plena validez cuando se ha hecho con las garantías adecuadas.

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*".

DUODÉCIMO. - Tipificación de los hechos. Eventual inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente infringidos por Endesa Energía.

Aduce, que los artículos 66.4 y 65.23 de la LSE 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. Afirma 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 el artículo 46.1.g) de la Ley 24/2013, en el que se reconoce la obligación de la comercializadora de formalizar el contrato de suministro. Pero considera que la referencia al meritado precepto 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 del precepto en cuestión.

DÉCIMO TERCERO.- Esta misma cuestión fue planteada también por ENDESA ENERGÍA, con ocasión de otra sanción por incumplimiento de los requisitos de contratación en el PO 1085/2018, que fue resuelto por la SAN, 4ª de 5 de mayo de 2021, en la que rechazábamos la inconstitucionalidad denunciada, en aquel caso del 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), en base los razonamientos que a continuación se exponen, y que son trasladables al presente caso, en el que la inconstitucionalidad se refiere al mismo artículo 66.4 LSE y al artículo 65.23 LSE.

Pues bien, como decíamos en aquella sentencia, 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 CUARTO. - Proyectando 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, tipifica como infracción leve:

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

Y el artículo 65. 23º del mismo texto legal tipifica como infracción grave:

"El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, así como de las condiciones de contratación y de apoderamiento con los clientes"

Pues bien, el principal requisito de contratación es el consentimiento de las partes contratantes, en este caso, del 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 con la normativa reglamentaria que resulte de aplicación".

DÉCIMO QUINTO. - 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 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 la misma Ley, 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)».

En este mismo sentido se había pronunciado la SAN, 4ª de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017) en relación con el artículo 65.25 LSE, cuyo criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en STS de 7 de junio de 2021 (rec. 5206/2020) con la siguiente argumentación:

« Pues bien, al margen de la consideración global que pudiera merecer la remisión del art. 65.25 de la Ley 24/2013 a lo establecido "en la normativa de desarrollo" para completar el tipo en relación con las medidas de protección al consumidor. Lo cierto es que, en este caso, el derecho del consumidor que se consideró infringido se contenía

en la propia ley del Sector eléctrico, en concreto en su artículo art. 44.1 en el que se reconoce como derecho del consumidor el "k) Realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos".

No puede dudarse que la previsión del artículo 65.25 de la LSE se completa con la contenida en el artículo 44 de dicha norma, que bajo el epígrafe "Derechos y obligaciones de los consumidores en relación con el suministro" contiene un largo listado de derechos y obligaciones referidas a los consumidores en el que se incluye el derecho a "Realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos".

Existe, por tanto, una norma legal que define el tipo infractor mediante la remisión a las medidas de protección al consumidor establecidas en dicha ley, previsión que queda integrada con el listado de derechos que bajo el epígrafe "los derechos y obligaciones de los consumidores en relación con el suministro" se contiene en dicha norma, en el que se incluye el derecho ("realizar el cambio de suministrador sin coste alguno") que se considera infringido por las prácticas realizadas por la empresa sancionada. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que se cumple con las exigencias del principio de legalidad formal y de lex certa en su vertiente material, pues resulta sencilla la integración de ambos preceptos lo que permite a cualquier ciudadano y especialmente a una entidad comercializadora de energía eléctrica conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

Debe descartarse, por tanto, su alegación referida a que ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su normativa de desarrollo existe ningún catálogo o listado de medidas de protección al consumidor, que permita conocer y explicitar las medidas que pudieran dar origen a ese incumplimiento, pues existe un catálogo de derechos del consumidor perfectamente identificado como tal en el art. 44.1 de la LSE, sin perjuicio de que puedan existir otros previstos en otras disposiciones.

Por otra parte, el hecho de que la previsión legal que reconoce dicho derecho se remita al desarrollo reglamentario para precisar los detalles del ejercicio del derecho del consumidor a cambiar de suministrador, es lícita y no contraviene el principio de legalidad, pues el art. 25.1 CE no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora en aspectos que impliquen un desarrollo o especificación del plazo y condiciones en que ha de ser ejercido.

Por todo ello, este tribunal no alberga dudas sobre la constitucionalidad del precepto legal aplicado en el supuesto que nos ocupa».

DÉCIMO SEXTO. - La recurrente se queja de la indeterminación del tipo infractor y señala que ese precepto a que se refiere la Administración en el que se reconoce la obligación de la comercializadora de formalizar el contrato de suministro, no tiene 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 concurren 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, 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, lo que exige, como presupuesto previo, comprobar la identidad del mismo.

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, cuyas consideraciones son trasladables al artículo 65. 23º, que añade el elemento de la reiteración para calificar la infracción como grave.

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 contratos 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.

Lo expuesto en los fundamentos precedentes nos lleva también a rechazar la alegación referida a la falta de subsunción de los hechos en el tipo infractor imputado, y la consiguiente inexistencia de infracción por haberse observado por parte de Endesa Energía todas las obligaciones que le eran exigibles en cuanto comercializadora. Y en cuanto a la reiteración en el incumplimiento, aunque una de las resoluciones que determinaron su aplicación haya sido anulada por esta Sala, no consta que la otra resolución que determinó la apreciación de este elemento también lo haya sido.

DÉCIMO SEPTIMO. - Subsidiariamente, opone la vulneración del principio de proporcionalidad, al considerar que la cuantificación de las sanciones impuestas no responde a criterios objetivos.

Argumenta que, aunque la resolución recurrida reduce el importe de la sanción de multa propuesta por cada una de las infracciones, de 600.001 € (siendo el importe agregado de las tres sanciones 1.800.003 €) a 100.000 € (siendo el importe agregado de las tres sanciones, 300.000 €). No obstante, la resolución continúa vulnerando el referido principio de proporcionalidad, pues, al único criterio de graduación a que se refiere, de los previstos en el artículo 67.4 LSE, es la reiteración, no invocando ningún otro que pudiera motivar la imposición de tres sanciones de multa por importe de 100.000 € cada una, limitándose a indicar que "*considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de las infracciones por negligencia grave de la infractora, atenuadas en los términos antedichos, se impone una multa de cien mil euros (100.000 €) por cada una de las infracciones cometidas, sumando un total de trescientos mil euros (300.000 €) al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes*".

DÉCIMO OCTAVO. - Frente a lo que se alega en la demanda la resolución sancionadora sí razona sobre las circunstancias valoradas para graduar la sanción. En concreto, afirma que no concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.

Además, también toma en consideración que Endesa Energía S.A. procedió a dar de baja los contratos en cuestión y a devolver los importes facturados sobre la base de la contratación sin consentimiento, si bien posteriormente a la apertura del procedimiento de información previa por la CNMC.

Y considera elemento esencial para la determinación de la sanción aplicable la reiteración que consta acreditada por las sanciones firmes en vía administrativa dentro del año inmediatamente anterior a los hechos aquí sancionados. Lo que, unido a la individualidad de cada una de las tres infracciones cometidas en cada uno de los tres contratos, obliga a imponer tres sanciones por la comisión de sendas infracciones graves. Añadiendo que en el presente caso, concurren indudablemente las circunstancias para considerar que se han producido tres infracciones graves, en línea con lo propuesto por el instructor; sin embargo, ante la ausencia de agravantes en los términos previstos en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 y teniendo en cuenta muy especialmente la no acreditación de dolo y la reparación del daño causado, considera que el importe propuesto por el instructor, aunque ajustado a derecho, debe ser moderado siguiendo el principio de proporcionalidad.

Y por ello, reduce el importe propuesto por el Instructor a 100.000 € por cada una de las tres infracciones cometidas.

DÉCIMO NOVENO. - Ahora bien, lo que la Sala no comparte es el razonamiento de la resolución cuando considera que se han producido tres infracciones graves, como consecuencia de la individualidad de cada una de las tres infracciones en cada uno de los tres contratos.



Como consideramos en la SAN, 4ª de fecha 21 de octubre de 2021 (rec. 245/2019) en un supuesto análogo, nos encontramos ante la activación del suministro eléctrico sin consentimiento del titular, en la misma fecha, si bien en tres puntos de suministro distintos. Son los mismos los sujetos (titular de los puntos de suministro y empresa suministradora) el hecho (ausencia de consentimiento), el bien jurídico protegido (el derecho del consumidor a la elección de suministrador), y el precepto infringido (artículo 44. 1º c) Ley 24/2003, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).

No se trata de la vulneración del principio "non bis in ídem" -como la actora había denunciado en vía administrativa-, en los términos definidos en el artículo 31.1º Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP): "*No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*", y, en el mismo sentido, art. 71.3º Ley 24/2013 (LSE); sino de la existencia de una infracción continuada, descrita en el artículo 29.6º Ley 40/2015: "*Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*"

La figura de la infracción continuada tiene su origen en el derecho penal, conforme establece el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 2004 (STS, Sala Tercera, Sección 3ª, de 30 noviembre 2004, rec. 6573/2001), en la que "constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal", y que se exige que "concurran con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza".

En este caso, como se ha expuesto, concurren todas estas circunstancias:

"1) Existe una pluralidad de hechos diferenciales: En concreto, al alta de tres contratos de suministro de electricidad.

2) Dolo unitario, unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones: el alta de los tres contratos se realizó sin que conste el consentimiento del titular de los suministros.

3) Coincidencia en coordenadas espacio-temporales próximas: Las actuaciones infractoras tuvieron lugar en la misma fecha, 22 de agosto de 2017.

4) Unidad del precepto legal vulnerado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas: El precepto vulnerado en los tres casos es el artículo 44.1ºc) Ley 24/2003, que recoge el derecho del consumidor a la elección de suministrador, siendo este el bien jurídico protegido.

5) Unidad de sujeto activo: La conducta resulta imputable a ENDESA ENERGÍA.

6) Homogeneidad en el modus operandi por la idéntica utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines: Según lo indicado, el modus operandi de ENDESA ENERGÍA se caracterizó por dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de D. Ángel Daniel , sin que conste su consentimiento, dado que había fallecido meses antes.

La resolución impugnada, en respuesta a esta alegación, manifestó, para considerar que existen tres infracciones, que no puede tener el mismo reproche sancionador el traspaso de un único contrato que el de tres, pero ello puede tener relevancia desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, para la cuantificación y graduación de la sanción, de acuerdo con el criterio previsto en el artículo 67.4º LSE "*Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción*", pero no para apreciar tres infracciones donde existe una única infracción continuada.

Procede, pues, estimar este motivo, anulando la resolución impugnada en cuanto sanciona a la entidad recurrente por la comisión de tres infracciones graves cuando debió ser apreciada una única infracción grave continuada, lo que ha de tener su reflejo en la cuantificación de la sanción.

VIGÉSIMO. - En efecto, una vez que se ha concluido que estamos ante una infracción (continuada) y no ante tres infracciones, lo que procede es imponer una única sanción, siendo desproporcionada, por tanto, la cuantía de 300.000 € que resulta de la suma de las tres sanciones impuestas.



Y si, aisladamente considerada, la sanción de 100.000 € puede considerarse proporcionada, atendiendo a las circunstancias del caso, hay que tener en cuenta, como razonó la CNMC, que no puede merecer el mismo reproche el alta de un contrato de suministro sin el consentimiento del titular, que el de tres. Por ello, la Sala considera proporcionado graduar la sanción, aumentando la cuantía impuesta por una sanción en la mitad de su importe, de lo que resultaría una cuantía de 150.000 €, inferior al importe total de las tres sanciones y superior al de una única sanción, referida al alta de uno de los contratos.

Con ello no se produce una "reformatio in peius", pues, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2003 (nº 75/2003) ello « (...) *tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución impugnada*».

En este caso, la entidad recurrente no ve agravada su situación, pues la sanción total de 300.000 € por las tres infracciones, se ve reducida a una sanción única de 150.000 €.

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

VIGÉSIMO PRIMERO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA no procede hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo nº **538/2020** 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 5 de marzo de 2020, que se anula en cuanto sanciona a la entidad recurrente por la comisión de tres infracciones graves, cuando debió ser apreciada una única infracción grave continuada.

2º) DECLARAR que debe fijarse la sanción por esa única infracción grave continuada en el importe de 150.000 € Sin imposición de costas.

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.