



Roj: **SAN 2091/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2091**

Id Cendoj: **28079230042022100319**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/04/2022**

Nº de Recurso: **794/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000794 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06233/2020

Demandante: HOLALUZ-CLIDOM, S.A.,

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintisiete de abril de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **794/2020** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **la entidad HOLALUZ-CLIDOM, S.A.**, representada por la Procuradora D^a Blanca María Grande Pesquero, frente a la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se impone a la actora una sanción de 75.000 euros como responsable de una infracción grave del art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de septiembre, del Sector Eléctrico.

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso ante esta Sala, con fecha 30 de julio de 2020, recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose la incoación del proceso contencioso-administrativo, al que se dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta jurisdicción.

SEGUNDO.- Formalizó la demanda mediante escrito presentado el 4 de noviembre de 2020, en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando: «... dicte sentencia, por la que se estime el recurso contencioso-administrativo formulado por esta parte y, en su virtud, acuerde:

(i) anular la Resolución Recurrída.

(ii) subsidiariamente, y para el caso de que estime la comisión de la infracción, fije la sanción de acuerdo con lo puesto en el Fundamento Jurídico Quinto, y

(iii) condenar en costas a la Administración demandada.».

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 3 de diciembre de 2020, en el cual, tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas a la recurrente.

CUARTO.- Se fijó la cuantía el procedimiento en 75.000 euros.

QUINTO.- Admitida la prueba solicitada por el recurrente y, presentados los escritos de conclusiones, se señaló para que tuviera lugar la votación y fallo el día 7 de abril de 2022, fecha en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se debate en este proceso la conformidad a Derecho de la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se impone a la actora una sanción de 75.000 euros como responsable de una infracción grave del art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de septiembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- La resolución sancionadora se sustenta en el siguiente relato de hechos probados:

"PRIMERO. El 27 de noviembre de 2018 se formaliza un contrato de suministro con CLIDOM ENERGY S.L. erróneo. La parte contratante introduce el CUPS de un tercero ajeno que no tenía conocimiento alguno sobre este hecho. HOLA LUZ (nombre comercial de CLIDOM ENERGY, S.L.) no tuvo conocimiento de este error hasta que el consumidor que se había equivocado no lo pone en conocimiento de la compañía, la cual procede a intentar el día 4 de agosto un cambio a la comercializadora de referencia, cambio que se no se produce por estar en trámite otro cambio de suministrador promovido por el propio cliente. Todos estos hechos son admitidos por parte de CLIDOM ENERGY, S.L en sus alegaciones.

SEGUNDO. La citada contratación por un tercero ajeno se realizó vía web. El diseño de la web permitía sin ningún tipo de filtro seleccionar el CUPS de suministro de cualquier dirección e, incluso, para el caso de edificios con más de una vivienda ofrecía, mediante un desplegable contratar en cualquiera de los CUPS del edificio, lo que aumentaba el riesgo de confusión de las personas que accedían a dicho sistema de contratación. Estos hechos fueron comprobados por técnicos de la Dirección de Energía. CLIDOM, por su parte, en sus alegaciones reconoce literalmente que "El cliente deberá asegurarse especialmente que tanto la dirección postal como el CUPS son correctos, pues Holaluz no tiene forma de comprobar su veracidad, y si el cliente diera una dirección o CUPS erróneo, estaría dando de alta con Holaluz a un tercero". Este sistema de contratación solo disponía además como mecanismo de comprobación de un mero correo electrónico que, en caso de no ser respondido en sentido negativo, generaba la contratación. De forma que, en caso de error en la contratación, no había forma alguna de evitar la activación errónea del contrato. Esta carencia en el sistema de contratación queda acreditada por el propio reconocimiento de CLIDOM ENERGY en su escrito de ampliación de hechos. Afirma que la compañía solo descubre el error de contratación en el momento que la contratante se pone en contacto con ellos poniendo de manifiesto que está recibiendo tanto las facturas de su anterior comercializadora como las de CLIDOM. Por ende, queda probada la falta de controles por parte de CLIDOM ENERGY".

Se precisa en el cuerpo de la fundamentación jurídica que:

"La conducta típica no es un cambio de suministrador sin consentimiento -considerado en otras resoluciones de esta CNMC como una conducta típica de cubierta por la infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 -, sino, en puridad, la vulneración mediante un sistema de contratación online defectuoso, de la libre

elección por parte de los consumidores de su suministrador y el correspondiente derecho a la formalización de un contrato de suministro con la empresa de su elección".

El relato de hechos probados se completa con la afirmación de que consta acreditado que: (i) el sistema de CLIDOM permitía seleccionar un CUPS ajeno, (ii) disponía de un desplegable que aumentaba el riesgo de confusión, (iii) no existía manera de comprobar de manera efectiva la identidad del contratante y (iv) que la contratación se confirmaba mediante un simple correo electrónico de validación mediante el cual el cliente confirmaba la contratación con un mero clic en un vínculo, de modo que la responsabilidad sobre la corrección de los datos recaía exclusivamente en el cliente, pues CLIDOM no tenía forma de verificar que esa confirmación de la contratación se refería a unos datos correctos. Todos estos hechos constan como reconocidos por la propia empresa, CLIDOM.

TERCERO.- Conviene precisar desde un principio que el expediente sancionador se inició con ocasión de la denuncia de un consumidor porque se había formalizado un contrato de suministro de electricidad a su nombre sin que él hubiera intervenido en modo alguno. Ahora bien, los hechos por los que se impuso la sanción trascienden a este caso concreto y, tal como se acaba de exponer, consisten sustancialmente en el mantenimiento de un sistema de contratación web que permite la contratación a nombre de otro consumidor sin establecer garantías suficientes para asegurarse de la identidad del consumidor y, en definitiva, sin su voluntad contrastada, lo cual vulneraría el derecho del consumidor a la libre elección de comercializadora de electricidad.

CUARTO.- Aquilatada así la conducta sancionada, estamos ya en condiciones de abordar la primera de las quejas de la actora, según la cual, la inexistencia de reglas legales o reglamentarias a las que haya de ajustarse el procedimiento de contratación, impide considerar que el procedimiento establecido por la actora -que se acomoda a al imperativo de agilidad del sistema de cambio de comercializadora que impone la Directiva 2019/944- ha vulnerado el derecho de los consumidores a la libre elección de suministrador y a formalizar un contrato de suministro con la empresa.

Pues bien, la existencia de una norma reglamentaria que discipline los requisitos a los que habría de ajustarse el procedimiento de contratación online no es una exigencia indeclinable para que puedan vulnerarse los derechos de los consumidores en el ejercicio de la contratación por parte de las comercializadoras. El art. 44.1, apartados c) LSE reconoce a los consumidores el derecho a elegir su suministrador, y si bien el precepto añade "*en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezca por el Gobierno*", ello no condiciona la existencia del derecho mismo, si bien habilita al Gobierno para establecer una específica regulación al respecto.

No encontramos por ello un déficit normativo en la configuración del tipo infractor del art. 65.25 LSE, según el cual, son infracciones graves:

"25. El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad ... 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."

En definitiva, la infracción de la que tratamos se configura como una norma en blanco que es llenada en su contenido con una previsión establecida en la propia ley como derecho básico del consumidor en el ya citado art. 44.1.1.c) LSE: la libertad de escoger comercializadora. De ahí que haya de afirmarse que el principio de legalidad, tanto en su vertiente formal como en la que atiende a la taxatividad de las conductas tipificadas, ha sido respetado.

En tal sentido nuestra SAN de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017), confirmada en casación por la STS de 7 de junio de 2021 (rec. Cas. 5206/2020).

QUINTO.- Descartada la vulneración del Ordenamiento jurídico en la configuración de la infracción, la cuestión se desplaza al proceso de subsunción de los hechos en el tipo infractor, esto es, a si el sistema de contratación *online* que utiliza la demandante permite o no que un tercero dé de alta a un consumidor sin su consentimiento, lesionando así el derecho de estos a elegir comercializador.

La actora argumenta al respecto que el cliente ha de proporcionar el CUP y la dirección del nuevo suministro, así como validar la contratación por medio de un correo electrónico. En el proceso de contratación se advierte al cliente que tiene que comprobar los datos facilitados porque "*no queremos dar de alta a tu vecino*", y no se produce el alta efectiva sino cuando se valida la contratación por medio de correo electrónico, en el cual se vuelve a advertir de que los datos han de ser comprobados.

Finalmente se señala que es necesario introducir la cuenta bancaria en la que serán cargados los recibos, de modo que no es posible cambiar de suministrador y mantener la cuenta bancaria de cargo de la persona que



no ha solicitado el cargo. Dado que es irracional cambiar a otra persona de suministrador y aceptar el cargo en la cuanta bancaria propia, el problema vendría propiciado no tanto por cambios de suministro maliciosos, sino por los simplemente erróneos. Esto es lo que habría sucedido en el caso concretamente contemplado, pero la entidad actora ha puesto de manifiesto su buena fe haciéndose cargo de la totalidad de los recibos que ha generado el consumo eléctrico del tercero.

SEXTO.- Para dar respuesta a esta alegación -la central en el recurso-, hemos de partir nuevamente de que lo sancionado por lesivo de los derechos de los consumidores no es el hecho singular que reveló el déficit de seguridad en el sistema de contratación, sino el mantenimiento del sistema mismo. De manera que, aceptando que la entidad demandante neutralizó el impacto económico causado al consumidor perjudicado, la cuestión no es cómo la demandante repara los perjuicios (de naturaleza no sólo económica) causados a los consumidores como consecuencia de cambios incontestados cuando estos se producen, sino el mantenimiento de un sistema de contratación que hace posibles tales cambios. No debe olvidarse que no se ha imputado a la actora un fraude en la contratación, sino la lesión del derecho a la elección de suministrador mediante un sistema que hace posible dar de alta a quien no lo ha pretendido.

Con esta perspectiva de análisis no puede negarse -porque además los hechos lo han confirmado- que el sistema de contratación permitía a cualquier persona cambiar el contrato de otra únicamente seleccionando entre varios domicilios, sin que el sistema pusiera cortapisa alguna más allá de la necesidad de confirmar la contratación por correo electrónico por el propio solicitante, sin que esto último proporcionase garantía adicional frente a posibles errores, sino que todo queda fiado a la corrección de los datos introducidos por el solicitante del cambio de suministrador. De hecho, la posibilidad de que hubiera errores venía reconocida en el proceso de contratación al advertir al usuario en las condiciones de contratación acerca de que *"El cliente deberá asegurarse especialmente que tanto la dirección postal como el CUPS son correctos, pues Holaluz no tiene forma de comprobar su veracidad, y si el cliente diera una dirección o CUPS erróneo, estaría dando de alta con Holaluz a un tercero"*. Por lo demás, el vídeo aportado para describir el procedimiento de contratación -visualizado por la Sala-, no altera la comprobación del funcionamiento del sistema efectuada por los técnicos de la CNMC.

Ciertamente que la argumentación de la actora es coherente cuando afirma que nadie está interesado en facilitar una cuenta bancaria propia para el cargo de un suministro de otra persona. Pero también lo es que el derecho a elegir el suministrador es un derecho en sí mismo considerado. Sus consecuencias no se agotan en el aspecto económico, sino que comprenden otros factores de decisión y, sobre todo, el cambio incontestado puede generar perturbaciones de todo orden que sólo pueden ser revertidas mediante gestiones y molestias por parte del consumidor que no se neutralizan sólo con la asunción por la actora del coste del suministro. Sobre la incidencia de la conducta reparadora de la actora hemos de volver más adelante.

La Administración, a partir de unos hechos singulares, toma conocimiento del mantenimiento de un sistema de contratación que no asegura que el cambio de suministrador responda a la voluntad inequívoca del consumidor, lesionando los derechos de estos en abstracto. De manera que los hechos imputados han sido correctamente encajados o subsumidos en la infracción tipificada en la norma aplicada.

Frente a lo aducido por la demandante, la Sala no aprecia que la Administración haya efectuado una interpretación extensiva del precepto sancionador mediante una calificación de los hechos que desborde la descripción abstracta que se contiene en el art. 65.25 LSE. En tal sentido, la Sala no alberga duda alguna respecto a que entender que un sistema de contratación que permite dar de alta a un consumidor sin su intervención lesiona el derecho a la libre elección de suministrador no desborda los límites impuestos por el *"significado posible de los términos de la norma aplicada"*, ni supone tampoco una aplicación de la norma que *"por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios"*, canon de control reiteradamente establecido por la doctrina constitucional (por todas STC 99/2021, de 10 de mayo, FJ 5).

SÉPTIMO.- El resto de las alegaciones formuladas por la demandante reviste un carácter más bien ancilar respecto de las ya abordadas.

Así, la denuncia del principio de personalidad de la responsabilidad, según el cual nadie puede responder del hecho ajeno, carece de justificación en cuanto no se sanciona la contratación por otro consumidor no autorizado, sino el mantenimiento de un sistema de contratación que lo hace posible, siendo patente que es la entidad actora quien domina este hecho -autoría- y a quien le es personalmente imputable y reprochable -culpabilidad-.



Del propio modo, lo razonado con anterioridad permite descartar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues se ha puesto de manifiesto la existencia de medios probatorios en el expediente sancionador suficientes para formar convicción y cuya valoración en concreto ha permitido concluir de modo razonado y razonable que el sistema permitía, como se ha dicho hasta la saciedad- que un tercero cambiara de suministrador a otro consumidor sin la intervención de este último en los términos ya expuestos.

OCTAVO.- Como última alegación se aduce que la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad, alegación que tampoco puede ser aceptada.

En primer término, porque, contrariamente a lo afirmado por la actora, el fundamento de derecho quinto de la resolución, en el que se aborda la sanción a imponer, no pondera el volumen de negocio de la demandante como criterio de graduación de la sanción, sin perjuicio de que el volumen de negocio sea considerado por la propia ley - art. 67.2 LSE- un límite a la sanción que cabe imponer, al disponer que:

"En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos".

Pero es que, además, la Administración ha tomado en cuenta que no se aprecia una conducta de la sancionada tendente a la captación de clientela mediante el sistema de contratación descrito, o que arrastre o induzca a error a los consumidores, sino que el reproche consiste en el diseño de un sistema imperfecto que hace posibles los errores en la contratación. Estas circunstancias llevaron a la Administración a hacer uso de la facultad prevista en el apartado 3 del art. 67 LSE, de no imponer la sanción correspondiente a las infracciones graves - importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros-, sino a las leves -multa por importe de hasta 600.000 euros-.

Se aprecia por ello la valoración de las circunstancias concurrentes para llegar a la conclusión de que el reproche de la conducta es menor y acomodar la cuantía de la sanción a ese menor reproche. Por lo demás, dentro de los límites fijados legalmente, la Administración ha impuesto una concreta sanción en la franja más reducida, atemperándose así al menor reproche que la conducta le ha merecido.

Finalmente, la demandante sitúa la vulneración del principio de proporcionalidad en la comparación con otras resoluciones sancionadoras por hechos que la demandante considera más graves, cuales son el cambio inconstitucional de suministrador, aportando a tal efecto la referencia a dos sanciones de 30.000 euros y 50.000 euros impuestos por este tipo de hechos.

Pues bien, el elemento de comparación no puede ser aceptado en la medida en que las sanciones impuestas en los casos señalados eran conductas puntuales y en el caso aquí controvertido se sanciona el sistema de contratación que pone en riesgo cierto el derecho del consumidor, sin que exista constancia de que se haya sancionado por el concreto caso que dio lugar a la incoación del expediente sancionador aquí enjuiciado.

En definitiva, se pretende una disminución de la cuantía de la sanción por considerarla excesiva, pero ni el pretendido exceso salta a la vista por sí mismo, ni resulta de la comparación con hechos disímiles, siendo así que, de acuerdo con doctrina constitucional constante (por todas STC 25/2011, de 14 de marzo) la *"necesidad de motivación alcanza a la determinación concreta de la pena, aunque hemos destacado también que cuando los datos básicos del proceso de individualización de la pena puedan inferirse de los hechos probados, no resultan constitucionalmente exigibles ulteriores razonamientos que los traduzcan en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (STC 98/2005, de 18 de abril, FJ 2, citando las SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6, y 136/2003, de 30 de junio, FJ 3)".*

De este modo, a partir de que nuestro modelo constitucional de atribución de la potestad sancionadora no nos asigna su ejercicio sino el control del uso administrativo de la misma, lo que hemos de fiscalizar es si la concreta extensión de la sanción impuesta es coherente con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a su individualización (*mutatis mutandis*, STC 46/2022, de 24 de marzo, FJ 13), y ya hemos razonado que así ha sido.

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

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

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. **794/2020**, interpuesto por la Procuradora doña Blanca María Grande-Pesquero, en nombre de **HOLALUZ-CLIDOM, S.A.**, contra la resolución de la Sala de



Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se impone a la actora una sanción de 75.000 euros como responsable de una infracción grave del art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de septiembre, del Sector Eléctrico.

CONDENAMOS a la demandante al pago de las **costas procesales**.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

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 casaciones objetivo que presenta

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

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS