



Roj: **SAN 2011/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2011**

Id Cendoj: **28079230042022100293**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **12/05/2022**

Nº de Recurso: **330/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso: 0000330 /2019**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 05564/2019**

**Demandante: ENDESA ENERGÍA S.A.U.**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

D<sup>a</sup>. CARMEN ALVAREZ THEURER D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a doce de mayo de dos mil veintidós.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el **número330/2019**, interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA S.A.U.**, representada por el Procurador D. Iñigo María Muñoz Durán, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad como consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones de contratación y apoderamiento con los clientes.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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



**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 5 de junio de 2020, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: "(...) *tras los trámites que procedan, dicte SENTENCIA ESTIMATORIA por la que se acceda a las pretensiones formuladas por esta parte, acordando la anulación de la citada resolución sobre la base de los argumentos expuestos en el cuerpo del presente escrito de demanda.* ".

**TERCERO.-** La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 5 de julio de 2020, interesando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentaron por las partes escrito de conclusiones, y se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** La cuantía del recurso se ha fijado en 40.000 €

Siendo Magistrado Ponente el Ilma. Sr. D. **Santos Honorio de Castro García**, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** La entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante, ENDESA) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad como consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones de contratación y apoderamiento con los clientes.

Esta resolución declara a la referida entidad responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad, imponiéndole una sanción consistente en el pago de una multa por el importe de 20.000,00 euros; y asimismo le declara responsable de la comisión de otra infracción también leve, ésta a tenor del artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, ahora por el incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de gas natural, con una sanción consistente en el pago de una multa por idéntica cifra.

**SEGUNDO.-** El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito de D. Desiderio presentado el 28 de agosto de 2017 en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el cual se denunciaba un cambio del suministrador de electricidad y de gas natural sin su consentimiento.

En concreto señalaba que: *«He recibido escrito de la compañía Endesa Energía, S.A. de fecha 14/08/17 comunicándome la bienvenida a su compañía en el servicio de gas...y servicio de luz..., por lo que he solicitado copia de los contratos, pues es la primera noticia que tengo del cambio de compañía... Solicito la anulación de los contratos y el restablecimiento de los anteriores (De Iberdrola en el servicio de luz y Gas Natural en el servicio de gas) y que Endesa no presente ningún recibo al banco pues yo no he firmado nada con ellos».*

Los datos del punto de suministro de electricidad y gas natural afectado por el cambio de comercializador son los siguientes:

Titular: Desiderio

Dirección: CALLE000 NUM000 . Cp.03320 Torrellano. Alicante

CUPS electricidad: NUM001

CUPS gas: NUM002 .

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

El 9 de octubre de 2017 se presentó escrito contestando al requerimiento de información, en la que ENDESA expone que en fecha 27 de julio de 2017 D<sup>a</sup> Macarena, en calidad de cónyuge de D. Desiderio, contrató el suministro de gas, el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento de electricidad, para la dirección de suministro sita en CALLE000, NUM000, 03320 Torrellano (Alicante), formalizándose de forma electrónica sobre una Tablet. Aporta copia del citado contrato cumplimentado y firmado por la Sra. Macarena, en condición de cónyuge del titular; foto del DNI de la misma y dos fotos de las facturas de suministro de gas y de electricidad expedidas respectivamente por GAS NATURAL FENOSA e IBERDROLA CLIENTES correspondientes al mes de junio de 2017; asimismo copia de las facturas de electricidad y gas generadas



por ENDESA ENERGÍA durante la vigencia de los contratos; y grabación telefónica correspondiente al control de calidad realizado.

Por todo ello concluye que, una vez revisada dicha información, entendieron conforme la contratación realizada, y pese a tener debidamente acreditada la contratación, se informó al interesado de la anulación del cobro de las facturas emitidas y no abonadas durante la vigencia de los citados contratos. Igualmente, se dio de baja el contrato de mantenimiento eléctrico con fecha 28/08/17 y se verificó que los contratos de suministro eléctrico y de suministro de gas ya se encontraban dados de baja por cambio de comercializadora con fecha 1/09/17 y 25/08/17 respectivamente.

Con fecha 28 de septiembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC acuerda incoar expediente sancionador contra ENDESA como persona jurídica presuntamente responsable del incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Los hechos que motivaron la incoación del procedimiento consisten en el presunto cambio de comercializador a favor de la citada entidad de los contratos de suministro de electricidad y gas natural sin consentimiento de su titular.

Dicho Acuerdo le fue notificado a ENDESA el 16 de octubre de 2018, confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

La entidad presentó escrito de alegaciones el 7 de noviembre de 2018. Tras este trámite se dictó propuesta de resolución en la que se proponía, en primer lugar, que se declarara a ENDESA como responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 66 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad, con imposición de una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000 euros; y, en segundo lugar, como responsable de una infracción leve, a tenor del artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, ésta por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de gas natural, y con una sanción consistente en el pago de una multa por el mismo importe de 20.000,00 €.

La propuesta de resolución fue notificada el 3 de diciembre de 2018, otorgándose un plazo para alegaciones, el cual se cumplimentó mediante escrito de 17 de diciembre presentado el 19, en el que se reiteran, en esencia, las ya realizadas respecto al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.

Tras todo ello se dictó la resolución sancionadora de fecha 28 de febrero de 2019, impugnada en el presente proceso.

**TERCERO.-** En la citada resolución se consideran probados los siguientes hechos:

I.- ENDESA ENERGIA procedió a dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia nº NUM003 , titularidad de D. Desiderio , con dirección de suministro CALLE000 NUM000 . 03320 de Torrellano, Alicante, y CUPS: NUM001 sin su consentimiento.

II.- ENDESA ENERGIA procedió a dar de alta el contrato de suministro de gas natural de su referencia nº NUM004 , titularidad de D. Desiderio , con dirección de suministro CALLE000 NUM000 . 03320 de Torrellano, Alicante, y CUPS: NUM002 , sin su consentimiento.

III.- El contrato de suministro de electricidad estuvo en vigor desde el 11/08/2017 a 01/09/2017 y el de suministro de gas desde el 11/08/2017 a 25/08/2017; sin que ENDESA ENERGÍA cobrase ninguna factura generada por el alta de dichos contratos.

Estos hechos resultan probados:

1º) Por la existencia de un contrato de suministro de electricidad, con su documentación adjunta, firmado por Dª Macarena en fecha 27 de julio de 2017 en condición de cónyuge de la persona titular del contrato, cuando no concurre tal circunstancia de parentesco civil. La no existencia del citado vínculo matrimonial queda probada con la denuncia del propio titular, a la que adjunta copia del Libro de Familia donde consta como cónyuge una persona distinta, y a través de la certificación negativa de matrimonio de Dª Macarena expedida por el Registro Civil de Murcia el 19 de junio de 2018.

2º) Por la existencia de un contrato de suministro de gas natural, con su documentación adjunta, asimismo firmado por Dª Macarena en fecha 27 de julio de 2017, en las mismas circunstancias que el anterior.

**CUARTO.-** Se argumenta en la resolución, en pro de la tipificación de la referida conducta, lo siguiente:

*"Es indudable que la primera y principal exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor o de alguno de sus representantes, exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente, y que no desaparece ni*



**se atenúa (más bien al contrario) por la circunstancia de que haya mediado la intervención de un tercer sujeto que realiza para la empresa comercializadora la tarea de captación de clientes y promoción de productos.**

Efectivamente, el artículo 44.1.c) de la LSE señala el derecho del consumidor a «elegir su suministrador». Por otro lado, el artículo 46 de la LSE, establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado g) la de « **Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación**».

Del mismo modo, tanto el artículo 57 bis b) como el artículo 58 de la LSH establecen el **derecho del consumidor a «elegir suministrador**». Por otro lado, el artículo 57 bis e) de la LSH establece el derecho del consumidor a disponer de un contrato «con el comercializador», con un cierto contenido, correlativa obligación del comercializador.

**La obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores pone de manifiesto que es el comercializador, y solo el comercializador, el titular del contrato de suministro con el consumidor . Por tanto, a él corresponde comprobar la identidad del consumidor y de quien contrata en su nombre, y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro. Y ello tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado la captación de clientes.**

**Es evidente que, en el presente caso, ENDESA ENERGÍA dio por cierta la relación matrimonial de la presunta cónyuge del consumidor sin contar con prueba alguna, más allá de la mera declaración de voluntad de la citada persona. Persona ésta a la que no se le preguntó en la grabación telefónica por ningún dato personal del consumidor más allá del nombre y los apellidos .**

Sorprende **sobre la llamada de control** -medida extraordinaria según ENDESA ENERGÍA para comprobar la identidad del sujeto y su consentimiento- que **quien realiza en nombre de ENDESA ENERGÍA la misma, no hiciera ninguna averiguación que excediera de lo expresamente incluido en el contrato, como por ejemplo la fecha de nacimiento, que hubieran dado al menos un indicio para poder acreditar la veracidad de la relación matrimonial. Es más, en algunas ocasiones la agente comercial adelanta la respuesta de la Sra. Macarena que se limita a asentir a lo preguntado.** A diferencia de otras llamadas de verificación conocidas por esta Comisión con ocasión de la tramitación de otros expedientes sancionadores tramitados contra ENDESA ENERGÍA, en la llamada que nos ocupa ni siquiera se pregunta a la Sra. Macarena la fecha de nacimiento del titular de los suministros, cuestión esta elemental dado que, tanto de no conocerse por la firmante como de haberlo sabido, hubiera servido para hacer saltar la alarma de esa comercializadora dado, **por un lado, lo ilógico de que una persona no conozca la edad de su cónyuge o bien, por otro, se hubiera puesto de manifiesto la diferencia de 69 años existente entre ambos.**

No es aceptable en este punto la alegación de ENDESA ENERGÍA respecto a que una averiguación más detallada podría haber supuesto perjuicios relativos a la intimidad o a la protección de datos personales, sin siquiera cumplir el objetivo de facilitar la información adecuada, pues la legislación en materia de protección de datos establece como uno de los supuestos de licitud del tratamiento, aquel que sea «necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte», según el artículo 6.1 b) del Reglamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016 . ...

Tampoco puede ser acogida la alegación de ENDESA ENERGÍA de que se ha cumplido con los requisitos de identificación, aduciendo que «la exigencia de copia del DNI no está prevista en la normativa vigente» pues, como la propia mercantil reconoce, no estamos ante una obligación formal sino instrumental, por lo que debe buscarse el medio idóneo para garantizar la identidad y el consentimiento, como ya se ha dicho. ...

Pese a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, **la instrucción ha puesto de manifiesto indicios suficientes acerca de su falta de diligencia para comprobar la prestación de consentimiento del cliente.** En el presente caso, **no sólo no existe el parentesco matrimonial entre quien firma el contrato y el titular del suministro**, lo que es una circunstancia objetiva acreditada en el expediente y que ENDESA ENERGÍA ni siquiera pretende impugnar, **sino es que ni siquiera ha actuado al amparo de ninguna apariencia de veracidad**, como injustificadamente alega, según se ha analizado y sobre lo que se volverá en el examen de la culpabilidad. ...

**Además del desarrollo de la llamada telefónica, hay otros indicios de que existía una situación que requería de un esclarecimiento más profundo :**

Por lo que se refiere al documento donde constan los dos contratos de suministro firmados por la Sra. Macarena , alega ENDESA ENERGÍA que constan datos de muy difícil obtención como el CUPS del cliente. Dicho dato consta en todas las facturas expedidas por las comercializadoras, tanto de gas como de



electricidad, por lo que es un dato que ha podido obtenerse fácilmente de las propias facturas emitidas por los comercializadores anteriores, IBERDROLA y GAS NATURAL FENOSA, cuya foto se adjunta al documento. ...

En cuanto al DNI de la Sra. Macarena que se adjunta a los contratos, consta como domicilio de dicha señora la CALLE001 nº NUM005 en Benidorm (Alicante). Dicho domicilio no coincide con el del titular y el punto de suministro, con lo que difícilmente puede presumirse la vida en común de ambos.

Las antiguas facturas de suministro de electricidad y gas correspondientes a las anteriores comercializadoras aportadas al expediente, son en realidad dos fotos sacadas en el rellano de una escalera.

No consta que se haya adjuntado a los contratos copia de documento oficial alguno (DNI o pasaporte del titular) que hubiera permitido identificar al titular del suministro. Dicha circunstancia, que por otro lado se exige en cualquier acontecimiento de la vida ordinaria al actuar en representación de otra persona, habría permitido advertir a ENDESA ENERGÍA de la diferencia de edad entre el titular del suministro: 90 años a la fecha de los hechos y de la firmante del contrato: 21 años a dicha fecha. ...

*Por último, como es obvio, el que ENDESA ENERGÍA disponga de un sello de calidad en el proceso de captación de clientes expedido por una entidad certificadora no excluye su responsabilidad en esta concreta contratación. ...*

*En cuanto a la alegación sobre la eventual inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente infringidos, no corresponde a esta Comisión hacer valoraciones en ese sentido, pues la actuación administrativa de este Organismo se limita a cumplir la legislación vigente en el ejercicio de las potestades reconocidas por Ley.*

***En definitiva, la instrucción practicada acredita que en el presente caso tuvo lugar una infracción de ENDESA ENERGÍA que se circunscribe a la efectiva comprobación de consentimiento para la contratación. En esa medida, la infracción consistió en el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, pues ENDESA ENERGÍA no comprobó adecuadamente la prestación del supuesto consentimiento. En vista de lo anterior no se considera, en particular, que en atención a la gravedad objetiva de la conducta y a la lesión del bien jurídico protegido, procediese la tipificación como grave de la conducta.***

Por otro lado, en lo que respecta al elemento subjetivo de la culpabilidad, se expresa en la misma resolución sancionadora:

*"Alega ENDESA ENERGÍA que no hubo culpabilidad porque al recibir el contrato debidamente cumplimentado y firmado, procedió a realizar una llamada de control de calidad en la que la cónyuge del consumidor confirma todos los aspectos y que ello dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora.*

***En primer lugar, y hay que insistir en ello, la llamada de control se limita a preguntar los datos que figuran en el contrato. Es decir, si había algún dato incorrecto o directamente falso, era imposible que la llamada de control pudiera advertirlo. Con este punto de partida, es fácil entender que esta llamada por sí misma no prueba la diligencia alegada, bien al contrario, reafirma su inexistencia, pues al carecer de cualquier tipo de contraste era ineficaz para ejercer la labor que estaba supuestamente llamada a hacer, es decir el control de la actividad comercial. Control supone oposición, contraste, plena verificación y supervisión, no una serie de preguntas formularias que pueden ser contestadas por cualquier persona que tuviera el contrato en la mano.***

*Afirma ENDESA ENERGÍA que anuló las facturas por deferencia comercial, aunque previamente se reconoció que tal actuación siguió a la denuncia ante la OMIC del Ayuntamiento de Elche. Debió ser por tanto un control externo el que advirtiera de la irregularidad.*

***La Sala no tiene elementos de convicción que permitan afirmar que tal conducta haya respondido a una decisión consciente y voluntaria de ENDESA ENERGÍA, la cual sería constitutiva de dolo. Ahora bien, es indudable que ENDESA ENERGÍA ha hecho dejación negligente de sus obligaciones de control de la contratación en este supuesto concreto, y que dicha negligencia determina la existencia de culpabilidad. No impide tal consideración el hecho de que ENDESA ENERGÍA creyera actuar bajo apariencia de veracidad, pues el control se demostró insuficiente, no solo atendiendo al resultado, sino también a la ausencia de una verdadera adecuación del mecanismo para garantizar las verdaderas identidad y conformidad del cliente.***

**QUINTO.-** En la demanda rectora se comienza exponiendo los hechos fácticos que se consideran relevantes y el iter del procedimiento administrativo seguido hasta dictarse la resolución sancionadora, el cual ya ha sido glosado en los precedentes fundamentos jurídicos.

Se destacan, como hechos que se consideran relevantes y sustancialmente, los que ya se adujeron en los distintos escritos de alegaciones presentados en el curso del procedimiento sancionador, significándose especialmente que la realidad de la contratación ya fue oportunamente acreditada en el trámite de información previa, donde se justificó la elaboración de los contratos sobre una Tablet y se aportó en formato audio la



llamada de control de calidad realizada por ENDESA ENERGÍA, en la cual la Sra. Macarena confirmó haber llevado a cabo la contratación y su condición de cónyuge del titular del contrato, por lo que, en definitiva, no quedó acreditada la falta del consentimiento efectivo por parte del consumidor. Además se advierte que la misma no tenía acceso a los datos que demuestran la inexistencia del vínculo matrimonial entre la Sra. Macarena y el titular del contrato, ni posibilidades de averiguación a través de los Registros Civiles.

Tales hechos demuestran, a juicio de la parte demandante, que se llevaron a cabo todas las acciones previas establecidas en el procedimiento para garantizar la corrección de las contrataciones, realizando, una vez conocida la reclamación del cliente y su negación de la contratación, todas las acciones y tareas administrativas tendentes a restituirle a su posición inicial.

En cuanto a los argumentos de carácter jurídico, se plantean en síntesis los siguientes:

a) Que la conducta de la demandante no puede subsumirse en los tipos descritos en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 y 111.d) de la Ley 34/1998, ya que a la fecha de referencia observó escrupulosamente las obligaciones que le correspondían como comercializadora, garantizando en todo momento los derechos que la legislación sectorial reconoce al consumidor. En tal sentido, no cabe atribuirle el incumplimiento de los requisitos de contratación o de apoderamiento de los clientes, toda vez que la documentación aportada tenía apariencia de validez, y junto al hecho de que se había realizado la llamada de control, aunque pudiera haber sido burlada cuando la Sra. Macarena no era realmente quien dijo ser pasando como cónyuge del titular del contrato, pero lo que en modo alguno es imputable a la recurrente, sin perjuicio de los efectos jurídico civiles que dicha circunstancias pudiera producir. Por lo demás, no se llegó a cobrar al cliente los importes correspondientes, a quien se restituyó a su situación inicial. En este orden de cosas, se insiste en que la referida contratación se realizó en la propia dirección del punto de suministro por una persona que se identificó como cónyuge del titular, suscribiendo los contratos en condición de tal y proporcionando toda la información y documentación necesaria; lo cual se ratificó mediante la llamada de control en que la misma confirmó ser la cónyuge del titular facilitando los datos identificativos -tanto los propios como los de aquel, que son los únicos susceptibles de contraste-. Y tan es así que inicialmente la CNMC, tras la finalización del periodo de información previa, acordó el archivo de la reclamación, reconociendo la conformidad a Derecho del procedimiento interno de control establecido para las contrataciones presenciales, mediante la realización de una llamada telefónica en la que se preguntó a la contratante sobre la información extraída del contrato y la información aportada, procediéndose así a dar de alta los contratos válidamente formalizados (contratos de suministro de electricidad, de suministro de gas natural y del servicio de mantenimiento, copia de las últimas facturas y grabación de la conversación telefónica). Y también se advierte, lo que lleva a invocar la vulneración de la doctrina de los actos propios, que el criterio que ahora se propugna es el que ha venido manteniéndose por el citado organismo -recogiéndose una relación de expedientes en los que se archivaron las denuncias interpuestas en supuestos similares-; así como por la jurisprudencia que en muchas ocasiones admite la idoneidad de la llamada telefónica, mencionándose al respecto varias sentencias de esta Sala -Sentencias (Sección 1ª), de 23 de octubre de 2013 (recurso 406/2012) y 7 de febrero de 2014 (recurso 405/2012)-.

b) Eventual inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente infringidos por ENDESA ENERGÍA, ya que se trata de tipos sancionadores abiertos y en blanco que resultan contrarios al principio de legalidad garantizado en el artículo 25.1 CE, en su vertiente de tipicidad y en relación asimismo con el principio de seguridad jurídica.

c) En ningún caso podrá considerarse que la actuación de la actora fue negligente, no concurriendo por tanto el necesario requisito de la culpabilidad ya que no era conocedora de la conducta presuntamente infractora, razón por la que no podría imputársele ni dolo ni culpa en la comisión de los hechos descritos; habiendo además mostrado en todo momento una diligencia más que razonable en orden a verificar la identidad del consumidor y su voluntad de contratar el suministro, pues actuó amparada de una absoluta apariencia de veracidad y verosimilitud de los hechos, en la creencia objetivamente fundada de que la persona que firmó y perfeccionó el contrato era quien decía ser (cónyuge del Sr. Desiderio ) al no existir ningún indicio de que ello no fuera así, y adoptando todas las medidas de control que eran razonablemente exigibles. Cita al respecto varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se recoge la doctrina sobre la necesidad de que el infractor haya actuado con conciencia y voluntariedad -entre ellas las de 6 de julio de 2010 y 23 de febrero de 2011-, que no cabe asimilar a la "*mera inobservancia*".

d) Por último y con carácter subsidiario, se cuestiona la cuantificación de las sanciones impuestas, planteándose al respecto la falta de motivación y la vulneración del principio de culpabilidad.

**SEXTO.-** Expuestos los argumentos en que se sustenta la pretensión anulatoria ejercitada en el escrito rector, cumple señalar que unos argumentos con mucha similitud a los que aquí nos ocupan y en relación a unos hechos también semejantes, han sido abordados por esta Sala y Sección en la sentencia de fecha 5 de mayo de 2021 dictada en el recurso 1085/2015, que fue promovido por la misma entidad con una misma defensa



y representación y en el que precisamente se conoció de una resolución sancionadora en el que se aplicaron los mismos tipos infractores.

Se expresaba en el correlativo fundamento jurídico de la mencionada sentencia:

*"Como recuerda la STS de 24 de noviembre de 2011 (rec 258/2009 ), el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 76/1990, de 26 de abril , viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, doctrina que se reafirma en la sentencia 164/2005, de 20 de junio de 2005 , en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia.*

*Si bien también declara que, el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana.*

*Sucede así, que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, incluyendo a las Administraciones públicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad (véase la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2011 (recurso de casación en interés de ley 48/2007), éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Según la STC 246/1991 «(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma».*

*Una vez sentados los anteriores principios generales, y centrándonos en el caso de autos, la resolución sancionadora considera que ENDESA no cumplió con su obligación de asegurar la libertad del consumidor de elegir suministrador, en su vertiente de pleno cumplimiento de los requisitos de la contratación, puesto que no aplicó los controles necesarios para verificar la identidad del consumidor.*

*Pues bien, la Sala ha de confirmar los razonamientos de esta resolución, ya que **las circunstancias del caso contemplado no permiten apreciar que la entidad recurrente empleara toda la diligencia que le era exigible en orden a comprobar si había mediado efectivamente en el contrato de referencia el consentimiento de la consumidora titular de los suministros.***

*Para ello hemos de valorar el contrato firmado... y la grabación telefónica de la llamada de control efectuada por ENDESA para verificar los datos y la voluntad del consumidor.*

*En primer lugar, el contrato de suministro de electricidad y gas con ENDESA, cumplimentado por un agente de la empresa distribuidora Vertis (contratada por Endesa Energía SAU para la captación de clientes), contiene los datos personales de la denunciante, concretamente el nombre y apellidos..., DNI, dirección completa (calle, número, piso y letra, código postal y ciudad), número de teléfono, código universal de punto de suministro de la vivienda, empresa distribuidora de electricidad y gas anterior y número identificativo de la cuenta corriente de pago de las facturas. Aparece firmado por quien manifestó ser cónyuge del titular de luz y gas,... con DNI NUM..., sin que conste documento alguno a través del cual que quede acreditada dicha situación de parentesco civil ni la autorización de la titular de los suministros para contratar en su nombre.*

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

**SÉPTIMO.-** Se añade en el séptimo fundamento de la referida sentencia, en relación a los pronunciamientos de esta Sala en los que se estimaba idónea la utilización del procedimiento de control a través de una llamada telefónica, lo siguiente:

*"Es cierto que esta Sala ha estimado idónea la utilización de un procedimiento de control telefónico para acreditar la comprobación de la identidad y del consentimiento del interesado ( Sentencias de la Sección 1ª de 23 de octubre de 2013 (recurso 406/2012 ) y 7 de febrero de 2014 (recurso 405/2012 ), y así también se puso de manifiesto en la sentencia de esta Sección de 3 de julio de 2019 (rec. 135/2017 ), en la que se estimó el recurso en base a circunstancias diferentes.*

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



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

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

**Así, si bien es cierto que la CNMC reconoce que se ha aceptado en ocasiones que el consentimiento del titular del contrato puede ser manifestado por su cónyuge, ello requiere que quede acreditado no sólo el vínculo matrimonial, sino también el consentimiento de la persona en cuyo nombre se actúa, el cual no puede presumirse por la mera existencia de ese vínculo.**

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

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

**En definitiva, hemos de concluir que la comercializadora no empleó toda la diligencia que le era exigible en el cumplimiento de sus obligaciones, entre las que se encuentra precisamente la de comprobar la identidad y la voluntaria prestación del consentimiento por el consumidor en el ejercicio de su derecho a elegir el suministrador, tanto si el contacto se hace directamente desde dicha comercializadora como si se produce a través una entidad intermedia a quien se haya confiado la captación de clientes; siendo el incumplimiento de dicha obligación la conducta infractora.**

Es cierto, por otro lado, que la demandante actuó con cierta prontitud una vez tuvo conocimiento de la reclamación; pero también lo es que pudo perfectamente adquirir la convicción sobre la falta de dicho consentimiento, antes de proceder a la activación del servicio, si hubiese actuado de manera diligente. A tales efectos **no es suficiente dar por bueno, sin más, el consentimiento del titular a la contratación de los suministros realizada por un tercero, que manifiesta ser su cónyuge, cuando puedan existir dudas razonables, como en este caso, de ese vínculo matrimonial.**

Al respecto de cuanto venimos diciendo, en la SAN, 4ª de 10 de marzo de 2021 (rec.149/2017 ), pusimos de manifiesto la importancia que tiene la comprobación de la prestación del consentimiento efectivo, que se enmarca en los derechos de los consumidores a que alude la Ley 24/2013 en coherencia con la Directiva 2009/72/CE, que impone una actuación muy cautelosa cuando se trata de la captación de clientes a través de terceros que cobran en función de resultados . En este sentido resulta ilustrativo significar que el Preámbulo de la Ley citada recuerda que "la actividad de comercialización de energía eléctrica como una actividad independiente del resto de actividades... fue dotada de un marco normativo para permitir la libertad de contratación y elección por parte de los consumidores"; así como que "el proceso de liberalización se ha desarrollado incluso más rápido que lo exigido por las Directivas europeas, permitiendo a los consumidores la capacidad de elección de suministrador", estableciendo "la regulación sobre la que se van a basar las relaciones entre los consumidores y las empresas comercializadoras y distribuidoras en relación con el suministro de energía eléctrica, mediante el establecimiento de sus derechos y obligaciones en el marco general de contratación", observándose "las disposiciones de la citada Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009 relativas a derechos de los consumidores".

**OCTAVO.-** Aplicando la anterior fundamentación al supuesto ahora litigioso, concurren, como adelantábamos, análogas circunstancias; ello aun cuando la conversación mantenida en la llamada de control se desarrollara en unos términos algo distintos a los contemplados en la sentencia de referencia, pues lo verdaderamente relevante a estos efectos es que la entidad sancionada no ha empleado toda la diligencia que le era exigible con el fin de comprobar, con un cierto grado de verosimilitud, la prestación del consentimiento por parte del titular, el cual no ha sido demostrado a través de elementos probatorios suficientes más allá de la mera declaración



de voluntad de la contratante. Nótese, en este sentido, que no se le preguntó en dicha grabación telefónica sobre algún dato personal y significativo del consumidor -junto con el nombre y los apellidos, que atendidas las circunstancias resultaba de muy fácil obtención en aquel momento-; sorprendiendo que no se realizara a través de dicha llamada alguna averiguación que excediera de los datos incluidos en el contrato que evidentemente el contratante tuvo a su vista, como sería, por ejemplo, la fecha de nacimiento de su supuesto cónyuge que al menos sería un indicio que permitiría acreditar la aludida relación matrimonial. Ocurre incluso que en ocasiones la agente comercial adelanta la respuesta de la Sra. Macarena quien se limita a asentir; a diferencia de lo que sucede en otras llamadas de verificación conocidas por la propia Comisión en distintos expedientes sancionadores, que de haberse verificado así en este caso habría servido para que saltara la alarma, pues, por un lado, no parece lógico que una persona no conozca la edad de su cónyuge y, por otro, se habría puesto de manifiesto la diferencia de 69 años existente entre ambos.

En este mismo sentido, el hecho de que se adjuntara el DNI de la contratante, las facturas de suministro de gas y electricidad expedidas por GAS NATURAL FENOSA e IBERDROLA CLIENTES y las facturas generadas por ENDESA ENERGÍA, si se atiende al resto de las circunstancias concurrentes puede ser demostrativo del empleo de la diligencia debida a la hora de comprobar la identidad y el consentimiento del consumidor.

Por lo tanto, y aun cuando es verdad que la CNMC ha aceptado en otros supuestos que el consentimiento del titular del contrato puede manifestarse por su cónyuge, en cualquier caso deberán existir, cuando menos, indicios acreditativos no sólo del vínculo matrimonial sino del propio consentimiento de la persona en cuyo nombre se actúa; igualmente, pese a que la grabación sonora puede ser, según las circunstancias concurrentes en cada caso, un modo idóneo de actuación, se requeriría para ello el empleo por parte de ENDESA de una diligencia razonable en orden a verificar los referidos extremos. Y no enerva esta conclusión el hecho de que la demandante dejara sin efecto las facturas una vez que tuvo conocimiento de la reclamación, pues como se afirma en la sentencia de continua referencia, "*pudo perfectamente adquirir la convicción sobre la falta de dicho consentimiento, antes de proceder a la activación del servicio, si hubiese actuado de manera diligente*", y "*a tales efectos no es suficiente dar por bueno, sin más, el consentimiento del titular a la contratación de los suministros realizada por un tercero, que manifiesta ser su cónyuge, cuando puedan existir dudas razonables, como en este caso, de ese vínculo matrimonial*".

**NOVENO.-** Se guidamente la sentencia aborda el argumento de la demanda referido a la inexistencia de infracción por falta de concurrencia del supuesto de hecho descrito en los tipos infractores cuya comisión se le imputa.

Y se razonaba en el correlativo fundamento jurídico describiendo las alegaciones de la demanda sobre el particular:

*"Aduce, en primer lugar, que los preceptos presuntamente infringidos son inconstitucionales puesto que se trata de tipos sancionadores abiertos y en blanco, contrarios al principio de legalidad garantizado en el artículo 25.1 CE, en su vertiente de tipicidad, y en relación con el principio de seguridad jurídica. 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 los artículos 46.1.g) de la Ley 24/2013 y 57 bis b) y e) 5º de la Ley 34/1998, en los que se reconoce la obligación de la comercializadora de formalizar el contrato de suministro y el derecho de los consumidores a elegir libremente suministrador y a contar con un contrato de suministro con un contenido mínimo determinado. Pero considera que la referencia a los meritados preceptos en nada contribuye a una adecuada tipificación de los hechos, al no advertirse correlación alguna entre la actuación llevada a cabo por ENDESA y el literal de los preceptos en cuestión."*

Se añadía en el noveno:

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

En el fundamento décimo se proyectan estas consideraciones al supuesto allí analizado, que como decimos es análogo al que ahora nos ocupa, por lo nos servirán las mismas consideraciones. Así, se comienza reproduciendo los tipos sancionadores aplicados y los elementos requeridos para su aplicación, afirmándose que:

"El artículo 66.4º Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , y el artículo 111 d) Ley 34/1998, de 7 de octubre , del sector de hidrocarburos, tienen la misma redacción y tipifican como infracción leve: "El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes".

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

Asimismo, el artículo 44.1º Ley 24/2013 recoge el derecho de los consumidores a elegir su suministrador (apartado d) y a formalizar un contrato de acceso con la empresa distribuidora o un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad, según corresponda, en el que se especifique la identidad y la dirección de la empresa; la duración del contrato, condiciones para su renovación y las causas de rescisión y resolución de los mismos, así como el procedimiento para realizar una u otras; las cláusulas bajo las cuales se podrán revisar las condiciones establecidas en el contrato; el procedimiento de resolución de conflictos; la información actualizada sobre precios y tarifas aplicables; el nivel de calidad mínimo exigible en los términos que se establezcan y las repercusiones en la facturación que, en su caso, correspondan; los plazos para la conexión

inicial; la información completa y transparente sobre las ofertas comerciales, incluyendo de manera expresa la duración de los descuentos promocionales y los términos o precios sobre los que éstos se aplican; la información relativa a otros servicios prestados, incluidos, en su caso, los servicios de valor añadido y de mantenimiento que se proponga.

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

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

En el decimoprimer se continuaba explicando:

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

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

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

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

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

En la referida sentencia recordábamos que los hechos objeto de sanción se califican como una infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 , en el que se tipifica "[e]l incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes". Y considerábamos que la Administración había realizado una correcta calificación de los hechos, pues: en primer lugar, no cuestionándose que el consumidor fue finalmente activado sin que mediara su consentimiento, ya es suficiente para acreditar, objetivamente, el incumplimiento por la comercializadora de los requisitos de contratación, previsto en el tipo infractor; en segundo lugar, el tipo infractor imputado no consiste propiamente en la falta de realización por el comercializador de una labor de comprobación del consentimiento de los consumidores captado por sus contratados, 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 contratados 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."

**DÉCIMO.-** También la Sala acepta en este proceso la fundamentación recogida en el fundamento jurídico décimo segundo de la reiterada sentencia de 5 de mayo de 2021 dictada en el recurso 1085/2018, en el que se rechazaban los argumentos relativos a la vulneración del principio de presunción de inocencia y la ausencia de culpabilidad; bien que ahora deban de hacerse las matizaciones que ya han sido apuntadas con ocasión de recoger la fundamentación de la resolución recurrida, mas sirviendo por lo general las mismas consideraciones jurídicas en tanto en la referida sentencia se contemplan unos hechos análogos.

Y se decía en el referido fundamento de derecho:

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

Ya se ha apuntado anteriormente, y señala la STS de 15 de febrero de 2021 (rec. 1916/2020) que, «estando admitida en nuestro Derecho Administrativo la responsabilidad directa de las personas jurídicas, a las que se reconoce, por tanto, capacidad infractora, el elemento subjetivo de la infracción se plasma en estos casos de manera distinta a como sucede respecto de las personas físicas, de manera que, como señala la doctrina constitucional que antes hemos reseñado - STC 246/1991, de 19 de diciembre (F.J. 2) y 129/2003, de 30 de junio (F.J. 8)- la reprochabilidad directa deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma».

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

**UNDÉCIMO.-** En el fundamento décimo tercero de la sentencia de continua cita se rechazaba el argumento sobre la vulneración de los actos propios que asimismo se esgrime en el actual escrito rector; razonándose concretamente lo que sigue:

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

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

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



**DÉCIMOSEGUNDO.-** Resta por analizar el argumento que con carácter subsidiario se plantea en último lugar, en el que se cuestiona la cuantificación de las sanciones impuestas en base a la falta de motivación de la cuantía de la multa concretamente impuesta y a la vulneración del principio de culpabilidad.

A ello también se dio respuesta en el fundamento jurídico decimocuarto de la sentencia citada donde se rechaza el argumento en base a unos razonamientos que también ahora se aceptan.

En efecto, tanto el art. 67.1.c) de la Ley 24/2013 como el artículo 113.1 c) Ley 34/1998 establecen para las infracciones leves una multa " **por importe de hasta 600.000 euros** ", lo que supone que la cuantía de **20.000 euros** a que ascienden las sanciones impuestas está comprendida **dentro del tramo inferior del rango previsto por la norma**.

Por otro lado y contrariamente a lo aducido en la demanda, la resolución sancionadora sí que razona sobre las circunstancias valoradas para graduar la sanción; pues afirma que no concurre ninguna de las circunstancias determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo al peligro, importancia del daño, inexistente beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema eléctrico, no contemplado en gas natural. Además, tiene en cuenta que la actuación en cuestión se refiere a un único consumidor quien no prestó su consentimiento ante una actuación negligente de ENDESA ENERGÍA, S.A, quien no obstante " *renunció voluntariamente a cobrar la energía facturada*".

Y, por último, en cuanto a la concreta cuantía impuesta, se afirma que no es necesario recabar el importe neto anual de la cifra de negocios de ENDESA ENERGÍA, S.A. " *puesto que se considera que el importe de multas que se propone queda obviamente por debajo del porcentaje señalado, «sin perjuicio de la alegación que, de contrario, se pudiera presentar»*; y, en cualquier caso, " *dicho importe debe considerarse en relación con la cuantía de las multas propuestas, de modo que la misma queda comprendida en el 10% del tramo inferior del importe máximo legalmente señalado*".

Por todo ello, " *considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras*" -según se ha desarrollado en anteriores fundamentos de esta resolución-, y atendiendo a la " *comisión de la infracción por una culpa negligente pero no dolosa de la infractora*", se acuerda, en definitiva, imponer una multa de veinte mil euros para cada una de las infracciones leves cometidas -es decir, un importe total de 40.000-, que se estima " *proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes*".

Se explicaba en la citada sentencia, lo que como adelantábamos vale para ahora, que siendo estos los términos del acuerdo sancionador, no podrá afirmarse que no se hubiera preservado el principio de proporcionalidad, o que en el mismo no se haya motivado la cuantía de las sanciones; pues, como dijimos en la SAN, 4ª de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017), no es posible traducir las circunstancias tomadas en consideración en una cuantía exacta de multa. Así lo tiene dicho con reiteración el Tribunal Constitucional, por todas STC 25/2011, de 14 de marzo, que reza: « *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)*».

Por ello, en fin, habrá de descartarse la vulneración de este principio como motivo de nulidad del acuerdo sancionador, ni siquiera como razón para que este Tribunal modifique la cuantía de las sanciones impuestas.

**DÉCIMOTERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA y dada la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, procederá imponer las costas causadas en el mismo a la parte recurrente.

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

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el presente recurso contencioso administrativo nº **330/2019**, interpuesto por la representación procesal de la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador con referencia **NC/DE/021/18**, incoado a dicha entidad por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes; imponiéndole las costas causadas en dicho recurso.

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



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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ