



Roj: **SAN 4527/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4527**

Id Cendoj: **28079230042021100474**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/10/2021**

Nº de Recurso: **245/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000245 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04633/2019

Demandante: ENDESA ENERGÍA, S.A.U

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE 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 veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **245/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U** representada por el Procurador D. Iñigo María Muñoz Durán y asistida 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 13 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 11 de abril de 2019 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 15 de abril de 2019, y con reclamación del expediente administrativo .

SEGUNDO.- Una vez recibido en esta Sala el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para que formalizara demanda , lo que verificó mediante escrito presentado en fecha 24 de junio de 2019, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte Sentencia por la cual, estimando el mismo, declare la nulidad de la resolución impugnada por los motivos contenidos en el cuerpo del mismo>>.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 29 de julio de 2019, interesando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Acordado 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 14 de octubre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en 90.000,00 €

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 (en adelante, ENDESA) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 13 de febrero de 2019, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de las obligaciones de contratación y apoderamiento con los clientes.

Esta resolución declara a dicha entidad responsable de la comisión de tres infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 30.000,00 €, por cada una de las tres infracciones cometidas, de modo que el importe agregado de las tres sanciones asciende a la cantidad de 90.000,00 €.

SEGUNDO.- El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito de denuncia presentado por D. Jose Ramón ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, en el que ponía de manifiesto que era el nuevo propietario de un edificio de dos plantas sito en la CALLE000 nº NUM000 de Las Palmas de Gran Canaria, adquirido por herencia de su madre Doña Paula , fallecida el 18 de abril de 2016. Dicho edificio consta de dos locales en planta baja y vivienda en planta alta. A fecha de fallecimiento de la entonces propietaria, tenía suscritos tres contratos de suministro eléctrico con la comercializadora ENDESA ENERGÍA XXI, S.L. desde el 2 de mayo de 2012, tipo de contrato PVPC sin discriminación horaria. Y que en fecha 9 de septiembre de 2016, ENDESA ENERGÍA, S.A. envió tres cartas a nombre de la anterior propietaria, ya fallecida, dándole la bienvenida como nuevo cliente de esa empresa en relación con los suministros de energía eléctrica a los tres inmuebles referidos.

Con fecha 22 de marzo de 2017, ENDESA ENERGÍA, S.A presentó escrito ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, manifestando que " *tras análisis de esta reclamación, comprobamos que los citados contratos no se gestionaron de forma correcta debido a una incidencia administrativa, motivo por el cual fueron rescindidos con fechas 06/03/2017, 14/02/2017 y 06/03/2017, respectivamente, devolviendo los puntos de suministro con CUPS NUM001 , NUM002 y NUM003 a su anterior comercializadora. Al no disponer de copia de los contratos citados anteriormente, lamentamos no poder facilitarlos* " .

Como consecuencia de dicha reclamación y otras similares, el Servicio de Instalaciones Energéticas de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias emitió un informe de fecha 5 de junio de 2017, sobre prácticas abusivas de comercializadoras eléctricas de mercado libre en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma. Dicho informe fue remitido a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) mediante oficio de 20 de junio de 2017, adjuntando entre otros el expediente individual NUM004 , interesando las actuaciones de esa Comisión en el marco de sus competencias.

El 20 de diciembre de 2017 la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la CNMC emitió una nota interior en la que consta que:

.- Habiendo consultado ENDESA ENERGÍA, S.A. sus sistemas comerciales con los datos facilitados por la CNMC respecto del suministro de los tres inmuebles con los CUPS ya referidos, no fue posible localizar los



documentos que dieron lugar a la entrada en vigor de los siguientes contratos a nombre de Doña Paula , con DNI (...) con fecha 05/09/2016:

o Contrato de suministro eléctrico nº NUM005 para la dirección de suministro sita en calle Pelayo, 8 peluquería, 35010 Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico NUM002 .

o Contrato de suministro eléctrico nº NUM006 para la dirección de suministro sita en calle Pelayo, 8 peluquería, 35010 Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico NUM003 .

o Contrato de suministro eléctrico nº NUM007 para la dirección de suministro sita en CALLE000 , NUM000 35010 Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico NUM001 .

- Habiendo manifestado el Sr. Jose Ramón , quien se identificó como hijo de la titular, su disconformidad con la contratación, durante la gestión de la reclamación presentada, se procedieron a anular las facturas emitidas, estando el contrato nº NUM005 , el contrato nº NUM006 y el contrato nº NUM007 , de baja con fechas 14/02/2017, 06/03/2017 y 06/03/2017 respectivamente.

- En fecha 06/02/2017, ENDESA ENERGÍA, S.A. recibió escrito de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias trasladando la disconformidad en la contratación, abriéndose nueva reclamación por no conformidad con la venta. ENDESA ENERGÍA, S.A. informa que anuló las facturas y que está pendiente de las cantidades a devolver.

Con fecha 4 de junio de 2018 el Director de Energía de la CNMC acordó, incoar expediente sancionador a 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 la activación por ENDESA ENERGÍA, S.A. de tres contratos de suministro sin consentimiento del titular, referida a los anteriormente citados CUPS NUM001 , NUM002 y NUM003 .

Dicho Acuerdo fue notificado a ENDESA el 11 de junio de 2018 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

La entidad, tras solicitar una ampliación del plazo, presentó escrito de alegaciones en fecha 2 de julio de 2018, tras lo cual se dictó propuesta de resolución para que se declarara a ENDESA responsable de tres infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 el artículo 66 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y se le impusiera una sanción consistente en el pago de una multa de 30.000 €, por cada una de las infracciones cometidas.

La propuesta de resolución fue notificada a ENDESA el 21 de septiembre de 2018, otorgándose un plazo para alegaciones, que cumplimentó mediante escrito de 11 de octubre de 2018 reiterando, en esencia, las realizadas al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.

Tras ello se dictó la resolución sancionadora aquí impugnada.

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

I.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 5 de septiembre de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia NUM005 , titularidad de D^a. Paula para la dirección de suministro sita en CALLE000 nº NUM008 de Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico NUM002 , sin su consentimiento.

Esto hecho se considera probado por los siguientes argumentos:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha manifestado que no ha sido posible localizar la documentación acreditativa de la contratación realizada (folios 17 y 66 del expediente).

2. El contenido de la denuncia presentada por D. Jose Ramón ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual manifiesta que su madre Doña Paula falleció el día 18 de abril de 2016 (folio 1 del expediente), aportando al efecto copia de una nota simple del Registro de la Propiedad nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que consta referencia de escritura pública de herencia autorizada notarialmente en fecha 7 de julio de 2016.

3. La carta comercial de bienvenida de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 6 de septiembre de 2016, dirigida a Doña Paula (folio 12 del expediente).

II.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 5 de septiembre de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia NUM006 , titularidad de D^a. Paula para la dirección de suministro sita en CALLE000 nº NUM009 de Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico NUM003 , sin su consentimiento.

Este hecho se considera probado por los siguientes argumentos:



1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha manifestado que no ha sido posible localizar la documentación acreditativa de la contratación realizada (folios 17 y 66 del expediente).
2. El contenido de la denuncia presentada por D. Jose Ramón ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual manifiesta que su madre Doña Paula falleció el día 18 de abril de 2016 (folio 1 del expediente), aportando al efecto copia de una nota simple del Registro de la Propiedad nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que consta referencia de escritura pública de herencia autorizada notarialmente en fecha 7 de julio de 2016.
3. La carta comercial de bienvenida de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 6 de septiembre de 2016, dirigida a Doña Paula (folio 14 del expediente).

III.- ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 5 de septiembre de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia NUM007, titularidad de D^a. Paula para la dirección de suministro sita en CALLE000 nº NUM010 de Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico NUM001, sin su consentimiento.

Este hecho se considera probado por los siguientes argumentos:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha manifestado que no ha sido posible localizar la documentación acreditativa de la contratación realizada (folios 17 y 66 del expediente).
2. El contenido de la denuncia presentada por D. Jose Ramón ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual manifiesta que su madre Doña Paula falleció el día 18 de abril de 2016 (folio 1 del expediente), aportando al efecto copia de una nota simple del Registro de la Propiedad nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que consta referencia de escritura pública de herencia autorizada notarialmente en fecha 7 de julio de 2016.
3. La carta comercial de bienvenida de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 9 de septiembre de 2016, dirigida a Doña Paula (folio 6 del expediente).

CUARTO.- Se razona en la resolución que:

"(...) 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.

Ello comporta la necesidad de ofrecer al consumidor contratante una información veraz, clara y transparente que le permita en todo momento ser consciente de la empresa del grupo con la cual contrata, incluida la extinción de los contratos preexistentes con otra empresa comercializadora de último recurso a precio PVPC (folio 7 del expediente) y correspondiente nueva contratación con una empresa comercializadora distinta, con precios y servicios diferentes.

En el presente caso, consta probado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de Doña Paula sin su consentimiento.

Por las razones ya expresadas, no pueden aceptarse las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. acerca de una supuesta falta de culpabilidad. La culpabilidad de la empresa en la comisión de las tres infracciones deriva de su actuación negligentemente culpable, al no haber observado la diligencia exigible a una empresa comercializadora en orden a garantizar que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento mediante la suscripción del correspondiente contrato, contando para ello en todo momento con una información clara y transparente sobre la contratación realizada.

La actuación posterior de subsanación de las consecuencias derivadas de la activación de los tres contratos de suministro sin consentimiento de su titular, confirma el reconocimiento de su actuación culpable por negligencia y no la inexistencia de tal culpabilidad, como pretende esa comercializadora.

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

QUINTO.- La demanda expone que consta en la compañía que, en fecha 05/09/2016, se activó el suministro eléctrico para tres puntos de suministro con ocasión de la entrada en vigor de los respectivos contratos de suministro con la recurrente Endesa Energía S.A. (Unipersonal) a nombre de Dña. Paula .

Que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no fue posible localizar la documentación contractual que motivó la entrada en vigor del suministro eléctrico para los referidos tres puntos de suministro, con Código Universal del Punto de Suministro (CUPS) NUM002, NUM003 y NUM003 .



Dichos contratos de suministro eléctrico (nº NUM005 , nº NUM006 y nº NUM007) apenas estuvieron en vigor seis meses (del 05/09/2016 al 14/02/2017 06/03/2017 y 02/03/2017, respectivamente), causando baja por cambio de comercializadora, y dando lugar a la emisión de las seis únicas facturas.

El 15 de diciembre de 2016, D. Jose Ramón , quien dijo ser hijo de la titular de los contratos presentó reclamación frente a la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, poniendo de manifiesto su disconformidad con la contratación efectuada por Endesa Energía en relación con los tres (3) CUPS referidos, correspondiente a dos locales y una vivienda de su titularidad. A la vista de la documentación obrante en poder de la compañía, entre la cual no se encontraba la documentación contractual que pudiera acreditar el otorgamiento del efectivo consentimiento para la activación del suministro en los tres puntos por Endesa Energía, con ocasión de la reclamación presentada, una vez los contratos se encontraron de baja, se procedieron a anular las facturas emitidas, así como a devolver mediante transferencia bancaria el importe de la única factura abonada, por importe de 60,07 €.

A la vista de lo expuesto, y como motivos de impugnación, considera vulnerado el principio de culpabilidad, ya que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no le ha sido posible aportar documentación contractual alguna que acreditare el efectivo consentimiento en la activación del suministro eléctrico para los tres puntos de suministro; si bien actuó con diligencia y buena fe, puesto que con ocasión de la reclamación presentada, y tan pronto tuvo conocimiento de la misma, de manera voluntaria y previa a cualquier intervención de la Administración demandada, procedió a anular las seis únicas facturas emitidas durante los apenas seis meses en que estuvieron vigentes los contratos (Folio nº 67 del Expediente), y a devolver el único importe abonado por una de ellas (60,07 €) una vez el reclamante facilitó a esta compañía, con fecha 11/10/2018 (Folio nº 100), los datos referidos a la titularidad y el número de la cuenta bancaria necesarios para que le fuera ingresado el citado importe, tal y como le fue solicitado mediante escrito en el mes de marzo de 2017 (Folios nº 17 y 18 del Expediente). Dicha devolución se produjo el mismo día en que se dispuso de los datos solicitados (11/10/2018) tal y como se acreditó en el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (Folio nº 93 del Expediente).

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

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

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

SÉPTIMO.- Una vez sentados los anteriores principios generales, y centrándonos en el caso de autos, la resolución sancionadora 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 procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de Doña Paula sin que haya acreditado el otorgamiento de su consentimiento

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 si había mediado efectivamente en el contrato de referencia el consentimiento de la consumidora titular de los suministros, al no haber aportado la documentación acreditativa de ese consentimiento expreso.

Por ello, 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; 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 en el cumplimiento de sus obligaciones relativas a la formalización de la contratación.

OCTAVO.- Se opone por la entidad recurrente, en segundo lugar, la vulneración del principio "non bis in ídem", al considerar que, en todo caso, la activación del suministro eléctrico en tres puntos de suministro titularidad de un mismo cliente, sin su consentimiento y en la misma fecha, constituye un hecho único y, por tanto, habría sólo una infracción, y no tres como se aprecia en la resolución sancionadora.

Argumenta, al efecto, que se han producido tres activaciones entre las que no hay diferenciación, las cuales lesionarían el mismo bien jurídico protegido por el tipo de infracción previsto en la ley sectorial, y que no es otro que el derecho del consumidor a elegir suministrador de electricidad, por lo que habría resultado dañado únicamente el derecho que ostenta en su condición de consumidor de electricidad.

Por todo ello, dado que en el presente caso se está sancionando tres veces al mismo sujeto por la comisión de un solo hecho, teniendo la imposición de las tres sanciones el mismo fundamento, entiende que, de mantenerse los términos de la resolución ahora recurrida, se estaría incurriendo en una clara vulneración del principio "non bis in ídem" así como del principio de proporcionalidad.

NOVENO.- La resolución administrativa considera que no se da en este caso la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que permitiría apreciar la existencia de duplicidad sancionadora, pues no cabe considerar que el traspaso del cliente sin su consentimiento en tres contratos de suministro diferentes constituya un hecho único. Se dan en este caso tres infracciones, una por cada uno de los contratos en los que tuvo lugar el cambio de suministrador sin el debido consentimiento.

A juicio de la CNMC, no merece el mismo reproche sancionador el traspaso no consentido en una contratación que en tres contratos distintos. Y ello con independencia de que la activación del cambio pudiese haberse efectuado para los tres contratos en la misma fecha.

La Sala no comparte este razonamiento, pues nos encontramos, como afirma la entidad recurrente, ante la activación del suministro eléctrico sin consentimiento del titular, en la misma fecha, si bien en tres puntos de suministro del mismo edificio. 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).

Ahora bien, para la Sala, no se trata de la vulneración del principio "non bis in ídem" 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, concurrente 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 de la titular de los suministros.
- 3) Coincidencia en coordenadas espacio-temporales próximas: Las actuaciones infractoras tuvieron lugar en la misma fecha, 5 de septiembre de 2016.
- 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 Doña Paula sin que conste su consentimiento.

La única razón que ofrece la resolución impugnada para considerar que existen tres infracciones es 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 leves, cuando debió ser apreciada una única infracción leve continuada.

DÉCIMO.- Finalmente, en cuanto a la vulneración del principio de motivación y proporcionalidad de sanción impuesta, el art. 64.1.c) de la Ley 24/2013, establece para las infracciones leves una multa "por importe de hasta 600.000 euros", por lo que la sanción de 30.000 euros impuesta, para cada una de las infracciones se sitúan en el tramo inferior del rango previsto por la norma.

Contrariamente a lo aducido en la demanda, la resolución sancionadora sí que razona sobre las circunstancias valoradas para graduar la sanción, y en concreto se 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. Y declara expresamente que " *En el presente caso ha de tomarse en consideración que, según consta en el expediente, en julio de 2018, transcurridos más de un año y nueve meses desde el alta de los contratos, persistía la falta de devolución del importe de una factura indebida (folio 66). El pago no tuvo lugar hasta el 11 de octubre pasado (según escrito de ENDESA ENERGÍA de esa misma fecha, 11 de octubre), dos años después del alta. No son de recibo las alegaciones de ENDESA sobre la posible responsabilidad del afectado en el retraso, al no haber facilitado el oportuno número de cuenta. Ello no justifica suficientemente la tardanza. Sin perjuicio de la posible solicitud de información por parte de ENDESA en marzo de 2017 (folio 17), mediante una carta cuya recepción por el interesado no consta, obra en el expediente que el afectado facilitó un número de cuenta en un correo electrónico de 11 de octubre de 2018, respondiendo de modo casi inmediato a un correo electrónico de ENDESA del día anterior (10 de octubre de 2018).*

Ha de reiterarse que ENDESA ENERGÍA, S.A. no dispone de documentación acreditativa de la contratación realizada, por lo que una actuación plenamente diligente y proactiva ante la reclamación presentada habría determinado la devolución del importe cobrado, derivado de la factura de un contrato obtenido sin consentimiento del titular, de manera inmediata.

Ello no obstante, también se toma en consideración que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de baja los contratos en cuestión y a anular el resto de facturas no cobradas, una vez tuvo conocimiento de la reclamación presentada.

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de las infracciones por una culpa negligente pero no dolosa de la infractora, se impone una multa de treinta mil (30.000) euros por cada una de las infracciones cometidas, al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes".

Ahora bien, sostiene la parte recurrente que, de existir conducta infractora, la misma debe valorarse con carácter unitario para la activación del suministro en los tres puntos, imponiendo una sola sanción y, en todo caso, determinando la cuantía en su importe mínimo, ya que, todas las circunstancias modificativas incluidas en la normativa sectorial aplicable actuarían como atenuantes, vulnerándose en caso contrario el principio



de proporcionalidad, que vincula, tanto a la determinación normativa como a la aplicación práctica de las sanciones administrativas.

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 90.000 € que resulta de la suma de las tres sanciones impuestas.

Y si, aisladamente considerada, la sanción de 30.000,00 € 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 45.000,00 €, 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 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 90.000,00 € por las tres infracciones, se ve reducida a una sanción única de 45.000,00 €.

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

UNDÉCIMO.- 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 **245/2019** 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 13 de febrero de 2019, que se anula en cuanto sanciona a la entidad recurrente por la comisión de tres infracciones leves, cuando debió ser apreciada una única infracción leve continuada.

2º) DECLARAR que debe fijarse la sanción por esa única infracción leve continuada en el importe de 45.000,00 €

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.