



Roj: **STS 2245/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2245**

Id Cendoj: **28079130032024100117**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/05/2024**

Nº de Recurso: **2276/2022**

Nº de Resolución: **795/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5088/2021,**
ATS 10552/2022,
STS 2245/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 795/2024

Fecha de sentencia: 09/05/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **2276/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/04/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. **José María del Riego Valledor**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **2276/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. **José María del Riego Valledor**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 795/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. **José María del Riego Valledor**

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 9 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **2276/2022** interpuesto por Endesa Energía S.A.U., representada por el Procurador de los Tribunales D. Iñigo Muñoz Durán y defendida por la letrada D.^a. Clara Alcaraz Torres y D. Jaime Almenar Belenguer, contra la sentencia de 18 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 244/2019, sobre sanción por infracciones de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José María del Riego Valledor**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 18 de noviembre de 2021, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. 244/2019, interpuesto por el Procurador don Iñigo María Muñoz Durán, en representación de ENDESA ENERGIA, S.A.U., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 13 de febrero de 2019, por la que se impusieron a la actora 14 sanciones de 10.000 euros cada una por la comisión de otras tantas infracciones previstas en el art. 66.1 d la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, así como tres sanciones de la misma cuantía cada una como responsable de tres infracciones del art. 11.a) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos .

CONDENAMOS a la parte recurrente al pago de las COSTAS PROCESALES."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Endesa Energía S.A.U. manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la sala de instancia, por auto de 14 de marzo de 2022, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 29 de junio de 2022, dictado por la Sección de Admisión de esta Sala, se acordó:

"1.º) Declarar la admisión del recurso de casación n.º **2276/2022** preparado por la representación procesal de Endesa Energía, S.A.U. contra la sentencia de 18 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 244/2019.

2.º) *Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si el tipo infractor descrito en el artículo 66.1 LSE, puesto en relación con el artículo 46.1.g) del mismo texto legal, se refiere únicamente a la ausencia de la formalización del contrato de suministro, o si se refiere también a la ausencia de conservar la documentación del contrato.*

Las normas que, en principio serán objeto de interpretación, son los artículos 46.1.g) y 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.

Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse, ex artículo 90.4 LJCA, a otras cuestiones o preceptos si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso".

CUARTO.- La parte recurrente presentó, con fecha 22 de septiembre de 2022, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó que la sentencia impugnada incurrió en las siguientes infracciones:

i.- Infracción del artículo 27, apartados 1 y 4, de la LRJSP que establece el principio de tipicidad en materia sancionadora y prohíbe la extensión analógica de las conductas típicas, en relación con los artículos 46.1.g) y 66.1 de la LSE.

En este apartado la parte recurrente expone que la vulneración del principio de tipicidad se produce por la incorrecta aplicación de los artículos 66.1 y 46.1.g) de la LSE, al integrar en el tipo infractor del artículo 66.1 LSE la falta de conservación de los documentos acreditativos de la formalización del contrato.



Para la parte recurrente, la obligación de formalización del contrato se refiere a dar forma al consentimiento del cliente en el momento de la contratación y la obligación de conservación, independientemente de que exista o no, se refiere a un momento posterior ajeno a la esfera de la contratación. Al efecto recuerda el distinto significado entre "formalizar" y "conservar", sin que exista un punto de encuentro entre ambos conceptos, que la sentencia impugnada confunde.

Señala la parte recurrente que el tipo infractor del artículo 66.1 de la LSE, puesto en relación con el artículo 46.1.g) del mismo texto legal, se refiere únicamente a la ausencia de formalización del contrato de suministro, sin que pueda equipararse dicha falta de formalización a la ausencia de conservación de la documentación del contrato.

Añade la parte recurrente que la imposibilidad de equiparar la formalización de un contrato con el deber de conservación de la documentación de éste es predicable respecto de las infracciones previstas en la LSE y en la normativa del sector de hidrocarburos, que tienen idéntico contenido. La improcedencia de la asimilación entre el concepto de formalización y conservación es la misma en ambos casos, con independencia de que las normativas prevean o no el deber de conservación de la documentación contractual.

ii.- Infracción del artículo 27, apartados 1 y 4, de la LRJSP que establece el principio de tipicidad en materia sancionadora y prohíbe la extensión analógica de las conductas típicas, en la relación con la Orden ITC/1659/2009.

Alega en este apartado la parte recurrente que la sentencia impugnada ha infringido la obligación de conservación de la documentación contractual impuesta por la disposición adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009, de forma que sería dicha disposición la que permitiría integrar el deber de conservación de los documentos de formalización en las obligaciones en relación con la formalización de los contratos a que se refiere el artículo 66.1 de la LSE.

Sin embargo, tal como resulta del artículo 1º de la citada Orden, su objeto era el establecimiento del mecanismo de traspaso al suministro de último recurso de energía eléctrica de los clientes que tengan un contrato en vigor en el mercado a tarifa, de lo que se sigue que, como disponen dicho precepto y el artículo 2 de la misma orden, sus disposiciones resultaban aplicables exclusivamente a las comercializadoras eléctricas del antiguo suministro de último recurso, denominadas comercializadoras de referencia ("COR") y no a las comercializadoras eléctricas como la recurrente.

Además, la habilitación legal para la aprobación de la orden, incluida en la disposición transitoria 2ª, apartado 3º, de la Ley 17/2007 habilitaba al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para establecer "el mecanismo de traspaso de clientes del sistema a tarifa al sistema de tarifa de último recurso que les corresponda", por lo que si la habilitación legal se refería exclusivamente al desarrollo de dicho mecanismo de traspaso del suministro de último recurso, no puede interpretarse - pues ello resultaría ilegal- que la regulación aprobada en virtud de dicha habilitación contiene obligaciones aplicables a todos los comercializadores.

Con ello la recurrente no discute la legalidad de la Orden ITC/1659/2009, lo que excede del presente procedimiento, sino que pretende evidenciar que resulta ilegal la interpretación que la sentencia recurrida realiza de la orden al considerar que sus disposiciones resultan aplicables a todos los comercializadores, en tanto no existe ninguna otra habilitación al Ministro para que imponga esta obligación a las comercializadoras.

En definitiva, la parte recurrente sostiene que procede responder a la cuestión recogida en el auto de admisión en el sentido de indicar que el tipo infractor descrito en el artículo 66.1 de la LSE, puesto en relación con el artículo 46.1.g) del mismo texto legal, se refiere únicamente a la ausencia de formalización del contrato de suministro, sin que pueda equipararse dicha falta de formalización a la ausencia de conservación de la documentación del contrato.

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición solicitando a la Sala que dicte sentencia que estime íntegramente el recurso de casación, y por ende, se case y anule la sentencia recurrida, estimándose por lo tanto el recurso contencioso-administrativo nº 244/2019 interpuesto por Endesa, con expresa condena en costas a la CNMC.

QUINTO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el abogado del Estado por escrito de 18 de noviembre de 2022, en el que alegó:

En primer lugar, expone el abogado del Estado que el recurso plantea una cuestión nueva, más allá de la discrepancia interpretativa de fondo con la sentencia de instancia, pues plantea la falta de habilitación legal suficiente de la disposición adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009 para regular obligaciones de los comercializadores libres, ajenos al antiguo suministro del último recurso y, aunque no se desconoce el acuerdo del Pleno de la Sala Tercera de 3 de noviembre de 2021, que admitió que la sentencia de casación puede



extender su examen a otras infracciones planteadas en el escrito de interposición (y antes anunciadas en el de preparación), siempre y cuando guarden relación de conexión lógico-jurídica con las identificadas en el auto de admisión de interés casacional, ello debe partir de la premisa previa ineludible de que no se trate de una cuestión nueva inaccesible a la casación, porque la cuestión planteada no fue objeto de alegación y examen en el proceso de instancia. En definitiva, el recurso de casación no puede admitirse en relación con la cuestión a que se está haciendo referencia, por no poder justificarse que las normas cuya infracción se denuncia fueron alegadas en el proceso o tomadas en consideración por el Tribunal ex artículos 89.2.b) y 90.4.b LJCA.

Fuera de este enfoque, el abogado del Estado considera que el recurso carece de cualquier argumentación jurídica en contra de la fundamentación de la sentencia sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009.

Añade el abogado del Estado que de la literalidad de la disposición adicional primera resulta su aplicación a todo contrato, incluidos los contratos del mercado libre. La citada disposición está redactada en términos generales, de modo que debe entenderse aplicable a todo suministro de energía eléctrica. Una interpretación contextual lleva a concluir que la norma pretende incluir los contratos de mercado libre, pues la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 tiene una redacción equivalente a la correspondiente obligación de formalizar los contratos de gas natural, prevista en el artículo 44.g) del Real Decreto 1434/2002, sobre cuya aplicación a los contratos del mercado libre no cabe duda alguna y esta interpretación es también la más conforme con el espíritu de la norma, pues desde el punto de vista de la formalización de una relación contractual no existe ninguna diferencia entre un contrato a precio libre y otro a precio regulado, por lo que la única interpretación razonable es que la norma establezca requisitos formales para las contrataciones de todo el suministro eléctrico, sin que la distinción entre unos y otros tenga sentido desde el punto de vista de la técnica normativa.

Se refiere a continuación el abogado del Estado a la doble garantía material y formal del principio de legalidad en materia sancionadora, que resultan cumplidos en este caso en las normas consideradas.

Considera el abogado del Estado que se debe declarar que, en las circunstancias de este caso, el tipo infractor descrito en el artículo 66.1 LSE, puesto en relación con el artículo 46.1.g) del mismo texto legal, con la colaboración reglamentaria, se refiere a la ausencia de formalización del contrato de suministro, que incluye la ausencia de conservar la documentación del contrato y el mismo criterio debe mantenerse respecto de la infracción del artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con la colaboración reglamentaria.

Por todo lo anterior, el abogado del Estado solicitó a la Sala que dicte sentencia que, fijando la doctrina a que se acaba de hacer referencia en el párrafo anterior, desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

SEXO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 23 de abril de 2024, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada.

1.- Se interpone por la representación de Endesa Energía S.A.U. recurso de casación contra la sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de noviembre de 2021, que desestimó el recurso interpuesto por dicha sociedad contra la resolución de la Sala de Supervisión Reguladora de la CNMC.

2.- La resolución sancionadora de la CNMC, que recayó en el expediente SNC/DE/182//17, acordó en su parte dispositiva:

i.- Declarar a Endesa Energía S.A. responsable de la comisión de 14 infracciones leves, de conformidad con el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de energía eléctrica correspondientes a los 14 códigos universales de puntos de suministro (CUPS) que constan en los hechos probados de la resolución, por las que impuso a la indicada sociedad una sanción consistente en el pago de una multa de 10.000 euros por cada una de las 14 infracciones leves, de modo que el importe agregado de las 14 sanciones asciende a la cantidad de 140.000 euros.

ii.- Declarar a Endesa Energía S.A.U. responsable de la comisión de 3 infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de gas natural correspondientes a los 3 CUPS que constan en los hechos probados de la resolución, por las que



impuso a la indicada sociedad una sanción consistente en el pago de una multa de 10.000 euros por cada una de las 3 infracciones leves, de modo que el importe agregado de las 3 sanciones asciende a la cantidad de 30.000 euros.

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho de esta resolución, la Sección 1ª de esta Sala consideró que la cuestión que, en el presente asunto, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el tipo infractor descrito en el artículo 66.1 LSE, puesto en relación con el artículo 46.1.g) del mismo texto legal, se refiere únicamente a la ausencia de la formalización del contrato de suministro, o si se refiere también a la ausencia de conservar la documentación del contrato.

TERCERO.- El ámbito normativo.

En la descripción de los tipos infractores apreciados en la resolución sancionadora de la CNMC son de interés las siguientes disposiciones:

1) En relación con las infracciones leves de la Ley del Sector Eléctrico:

i.- El artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establece que son infracciones leves:

"1. El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave".

ii.- El artículo 46.1.g) de la misma Ley del Sector Eléctrico dispone que serán obligaciones de las empresas comercializadoras:

"g) Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación".

iii.- La disposición adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, establece lo siguiente:

"Disposición adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador.

Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad".

2) En relación con las infracciones leves de la Ley del Sector de Hidrocarburos:

i.- El artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, establece que son infracciones leves:

"a) El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave".

ii.- El artículo 14 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, dispone lo siguiente:

"6. En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.



El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad."

CUARTO.- Posición de la Sala en relación con la cuestión de interés casacional.

1.- La cuestión de interés casacional se refiere únicamente a las infracciones leves descritas por el artículo 66.1 de la LSE, sin extenderse al tipo infractor de las infracciones leves de la LSH.

2.- Las posiciones de las partes en relación con la cuestión de interés casacional, que se han resumido en los antecedentes de hecho de esta sentencia, son claras.

La empresa recurrente considera que el tipo infractor del artículo 66.1 de la LSE se refiere exclusivamente al incumplimiento de las obligaciones de dar una forma determinada al consentimiento del cliente en el momento de la contratación, por lo que integrar en el tipo infractor la obligación de conservación de los documentos acreditativos de la formalización supone una extensión analógica de la conducta típica que vulnera el principio de tipicidad, protegido por los apartados 1 y 2, del artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

El abogado del Estado, por el contrario, mantiene que no existe vulneración del principio de tipicidad, pues el artículo 66.1 de la LSE, con el complemento de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, permite identificar con entera previsibilidad la conducta que es sancionable, que incluye el incumplimiento de la obligación de conservar la formalización del consentimiento.

3.- Los razonamientos de la sentencia impugnada sobre esta cuestión fueron los siguientes:

"En definitiva, la estructura del hecho sancionado, esto es, no estar en condiciones de acreditar de modo indubitado -por escrito o mediante la grabación correspondiente- la prestación del consentimiento por parte del cliente eléctrico, es subsumible en la infracción consistente en no cumplir "las obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro". Estas exigencias no sólo abarcan la obligación de recabar el consentimiento del cliente, sino también estar en condiciones de acreditar en todo momento su conformidad expresa "por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo".

4.- La Sala considera que los razonamientos de la sentencia impugnada son acertados y los hace suyos.

En la interpretación del tipo infractor del artículo 66.1 de la LSE, según sus propios términos, debemos tener presente que el precepto legal no califica como falta leve el incumplimiento por los sujetos obligados de "sus obligaciones de formalización" de los contratos de suministro, en cuyo caso podría defenderse que la infracción abarca el incumplimiento de la obligación de formalización, y solo esa. Pero el tipo infractor es más amplio y describe como falta leve el incumplimiento de las obligaciones "en relación con la formalización", lo que permite incluir en el tipo infractor obligaciones distintas de la estricta formalización, siempre que estén relacionadas con ella y, obviamente, vengán impuestas por las disposiciones vigentes, como sucede con la obligación de conservación de los documentos acreditativos de la formalización exigible de los contratos de suministro.

En este sentido, la disposición adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, antes transcrita, dispone con claridad la obligación de los comercializadores de conservar ("disponer en todo momento de") la documentación acreditativa de la voluntad del cliente de cambiar de suministrador.

Por ello, entendemos que el incumplimiento de esta obligación de conservar la documentación acreditativa de la voluntad del cliente de cambiar de suministrador constituye un supuesto de incumplimiento de las obligaciones de los comercializadores "en relación con" la formalización de los contratos de suministro, y está por tanto incluido en el tipo infractor descrito por el artículo 66.1 de la LSE.

5.- La parte recurrente alega la inaplicabilidad de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, porque como resulta de sus artículos 1 y 2, relativos a su objeto y ámbito de aplicación, sus disposiciones se dirigen exclusivamente a las comercializadoras eléctricas del antiguo suministro de último recurso, denominadas comercializadoras de referencia, y no a las comercializadoras libres como la recurrente.

La Sala no comparte este argumento, pues si bien es cierto que la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, de acuerdo con su título, así como su objeto y ámbito de aplicación a que se refieren sus artículos 1 y 2, establece "el cambio de mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica", ello no es sin embargo obstáculo para que extienda su regulación a otras materias.



Desde luego, la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio no es la primera norma que contiene en sus disposiciones adicionales una regulación de alguna materia diferenciada o, incluso, ajena a lo que constituya su título o denominación. Es más, ese es precisamente el contenido propio de las disposiciones adicionales que, de acuerdo con las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, regulan los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el articulado y contienen preceptos que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma.

Así, la Orden ITC/1659/2009 contiene en sus disposiciones adicionales regulaciones diferenciadas del mecanismo de traspaso de clientes del sistema a tarifa al sistema de tarifa de último recurso, como no solo es el caso de disposición adicional 1ª sobre la conformidad del cliente al cambio de suministrador a que estamos haciendo referencia en esta sentencia, sino también así sucede en la disposición adicional 2ª sobre la publicidad que debe dar la CNMC para informar a los consumidores acerca del nuevo funcionamiento del sistema de suministro eléctrico, en la disposición adicional 5ª sobre intercambio de información entre los Operadores, o en disposición adicional 6ª sobre la retribución del Operador del Mercado para 2009.

Por otro lado, la Orden ITC/1659/2009 distingue en su articulado, cuando lo estima necesario, entre comercializadores de último recurso y comercializadores, como ocurre en los artículos 2, 4.2 y 4.3 ó 9.2 y cuando quiere referirse únicamente a los comercializadores de último recurso utiliza esta expresión, como es de ver en los artículos 5, 6 y 7, entre otros.

Por dicha razón, el mandato de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 de conservación de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador, no puede entenderse que esté dirigido al comercializador del último recurso, sino que debe interpretarse que está dirigido al "comercializador" sin ninguna restricción, según los propios términos utilizados por el precepto.

6.- Alega también la parte recurrente que la disposición adicional primera no puede ser de aplicación en este caso por la ilegalidad de la misma por carecer de habilitación legal suficiente, pero como opone el abogado del Estado, se trata de una cuestión nueva, que no ha sido planteada en la instancia ni -por ello- ha sido examinada en la sentencia impugnada, que no puede tener acceso a la casación.

Tiene razón en este punto el abogado del Estado cuando advierte que la cuestión de la ilegalidad de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, por falta de cobertura legal suficiente, no fue planteada por Endesa Electricidad S.A.U. en la instancia, ni ha sido objeto de examen en la sentencia impugnada, por lo que se trata de una cuestión nueva que se plantea por la parte, por vez primera, en este recurso de casación.

No se trata, por tanto, de que la cuestión que plantea la parte recurrente en su escrito de interposición, sobre la inaplicabilidad de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 por falta de cobertura legal, no haya sido incluida por el auto de admisión a trámite del recurso como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en cuyo caso la Sala podría extender su enjuiciamiento a la referida cuestión al amparo del artículo 90.4 de la LJCA, sino que la cuestión que plantea por la parte recurrente es una cuestión nueva, no planteada ni examinada en la instancia.

En esta situación, no cabe sino reiterar el criterio reiterado por esta Sala sobre la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, incluso tras la reforma del recurso operada por la Ley 7/2015, de 21 de julio.

El criterio de la Sala sobre este particular se expresa, entre otras muchas resoluciones, en el auto de 16 de febrero de 2023 (recurso 655/2022), con cita del auto de 3 de febrero de 2017 (recurso 203/2016):

"[...] debemos empezar por afirmar que la doctrina jurisprudencial que ha sostenido que no cabe introducir cuestiones nuevas en casación sigue siendo plenamente aplicable a la nueva regulación del recurso de casación introducida por la L.O. 7/2015. Dicha doctrina se ha venido apoyando de forma constante en dos razones, a saber: 1º) que desde el momento que el recurso de casación tiene como finalidad propia valorar si se vulneraron por el Tribunal "a quo" las normas o jurisprudencia cuya infracción se denuncia por la parte recurrente, resulta lógicamente imposible que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada en el pleito de instancia; y 2º) que el planteamiento de cuestiones nuevas en casación afecta gravemente al derecho de defensa del recurrido, que ante tales cuestiones carecería de las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia. Por eso, son numerosas las resoluciones de esta Sala que han inadmitido recursos de casación en los que se identificaba con claridad este defectuoso planteamiento del recurso, por aplicación de la causa de inadmisión antes establecida en el artículo 93.2.d) LJCA en su inicial (y ahora derogada) redacción, consistente en carecer el recurso manifiestamente de fundamento. La nueva regulación de la casación no contempla explícitamente esta causa de inadmisión, pero no hay duda de que un recurso de casación que se sitúe en este inadecuado escenario podrá ser inadmitido,



bien por no justificarse debidamente que las normas cuya infracción se denuncia fueron alegadas en el proceso o tomadas en consideración por el Tribunal (o que este debió tomarlas en consideración aún sin ser alegadas), ex arts. 89.2.b) y 90.4.b) LJCA; bien por no justificarse la relevancia sobre el "fallo" de tales infracciones, ex arts. 89.2.d) y 90.4.b) LJCA".

7.- De acuerdo con lo razonado, la Sala considera, en respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que el incumplimiento de la obligación de conservar la documentación acreditativa de la voluntad del cliente de cambiar de suministrador, establecida por la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, constituye un supuesto de incumplimiento de las obligaciones de los comercializadores "en relación con" la formalización de los contratos de suministro y está, por tanto, incluido en el tipo infractor descrito por el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

8.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación.

QUINTO.- Costas.

Por disposición del artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas del recurso de casación ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Declarar no haber lugar y, por tanto, desestimar el presente recurso de casación número **2276/2022** interpuesto por Endesa Energía S.A.U. contra la sentencia de 18 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 244/2019.

2.- No imponer las costas de casación a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.