



Roj: **SAN 6968/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6968**

Id Cendoj: **28079230042024100688**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **17/12/2024**

Nº de Recurso: **529/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000529/2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03408/2020

Demandante: ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L.

Procurador: ROBERTO ALONSO VERDU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) ha visto los autos del recurso contencioso-administrativo n.º **529/2020**, interpuesto por Alterna Operador Integral, S.L. (anterior Flip Energía, S.L.), que interviene representada por D. Roberto Alonso Verdú y defendida por D.^a Judith Bailón Sánchez, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 11 de febrero de 2020, por la que se declaró a la recurrente responsable de una infracción grave contenida en el art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con el cumplimiento del art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, y se le impuso una sanción de multa de 50.000 euros.



Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.El 17 de abril de 2020, Alterna Operador Integral, S.L. (anterior Flip Energía, S.L.) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 11 de febrero de 2020, por la que se declaró a la recurrente responsable de una infracción grave contenida en el art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley del Sector Eléctrico), en relación con el cumplimiento del art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica (Real Decreto 897/2017), y se le impuso una sanción de multa de 50.000 euros.
- 2.Por decreto de 13 de mayo de 2020 se admitió a trámite el recurso.
- 3.El 6 de noviembre de 2020, Alterna Operador Integral, S.L. formuló demanda por la que solicitó la anulación de la resolución impugnada.
- 4.El 5 de enero de 2021, la Administración contestó a la demanda y solicitó la desestimación del recurso.
- 5.Por auto de 21 de enero de 2021 se resolvió sobre la prueba con el resultado que obra en autos.
- 6.Conclusas las actuaciones, por providencia de 2 de diciembre de 2024 se señaló el día 11 de diciembre de 2024 para la votación y fallo del recurso.
- 7.El 11 de diciembre de 2024 se votó y falló el recurso con el resultado que se expresará a continuación.

Ha sido Magistrado ponente D. Rafael Villafañez Gallego, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

1. Alterna Operador Integral, S.L. impugna la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 11 de febrero de 2020, por la que se declaró a la recurrente responsable de una infracción grave contenida en el art. 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el cumplimiento del art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017, y se le impuso una sanción de multa de 50.000 euros..
2. La parte actora solicita la anulación de la resolución impugnada.
3. La Administración interesa la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Posición de las partes.

4. La parte actora fundamenta la estimación del recurso en los siguientes motivos de impugnación:

Primero.- Inexistencia de infracción y falta de tipicidad de la sanción.

Segundo.- Vulneración del principio de presunción de inocencia.

Tercero.- Inexistencia de culpa.

Cuarto.- Subsidiariamente, los hechos se deberían considerar como constitutivos de una infracción leve.

Quinto.- Vulneración del principio de proporcionalidad.

5. La Administración se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

Primero.- La sanción respeta el principio de legalidad.

Segundo.- No se ha vulnerado la presunción de inocencia: los hechos de descargo no se encuentran amparados por esa presunción.

Tercero.- Existencia de culpabilidad.

Cuarto.- La infracción se ha sancionado como una infracción leve.

Quinto.- No se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

TERCERO.- Antecedentes de interés.



6. Para la decisión del recurso deben tenerse en cuenta los siguientes antecedentes de interés:

i. El 2 de agosto de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC, escrito del Servicio Territorial de Comercio y Consumo de la Generalitat Valenciana, dando traslado de la reclamación de D.ª Josefina interpuesta ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) de Elche contra la empresa Flip Energía, S.L., que opera como comercializadora bajo el nombre comercial Alterna, denunciando un cambio de suministro de electricidad sin consentimiento.

ii. El 19 de septiembre de 2018, la CNMC acordó la apertura de un periodo de información previa, requiriendo a Alterna documentación objeto de la reclamación, requerimiento que fue atendido por aportando copia del contrato y de las facturas emitidas, correo del servicio de atención al cliente dirigido a la Sra. Josefina atendiendo su reclamación, así como copia de las facturas de abono de los importes facturados del periodo en que había estado dada de alta con la compañía y el justificante de devolución por la compañía comercializadora de los importes facturados a la reclamante.

iii. El 14 de diciembre de 2018, el Director de Energía de la CNMC acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra Flip Energía, S.L. por presunto incumplimiento de las medidas de protección al consumidor, de acuerdo con la Ley del Sector Eléctrico y su normativa de desarrollo.

iv. El 19 de marzo de 2019, tras la instrucción del procedimiento sancionador, el Director de Energía formuló propuesta de resolución, que fue notificada a Flip Energía, S.L., sin que formulara alegaciones a la indicada propuesta.

v. Tras completarse el expediente con los trámites oportunos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó la Resolución de 11 de febrero de 2020, por la que se declaró a la recurrente responsable de una infracción grave contenida en el art. 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el cumplimiento del art. 5.5 in fine del Real Decreto 897/2017 y se le impuso una sanción de multa de 50.000 euros.

vi. La resolución sancionadora declaró probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. Dña. Josefina estaba acogida al PVPC con anterioridad al cambio de suministro de energía eléctrica con FLIP ENERGÍA.

Este hecho resulta probado:

- Por la copia de factura emitida por el anterior comercializador de energía eléctrica en relación con el punto de suministro CUPS: NUM000, titularidad de Dña. Josefina, de fecha inmediatamente anterior a que se produjera el cambio de suministro eléctrico a Flip Energía (22 de noviembre de 2017), según la cual, la reclamante contaba con un contrato "PVPC sin discriminación horaria":

SEGUNDO. Flip Energía procedió a dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia NUM001, con respecto al punto de suministro CUPS: NUM000, titularidad de Dña. Josefina, sin cumplir con la obligación establecida en el artículo 5.5 in fine del RD 897/2017.

Este hecho queda probado:

- Porque no ha sido desvirtuado por Flip Energía, en la medida en que la comercializadora no ha aportado ningún documento que acredite el cumplimiento de la obligación de información expresa formulada en el artículo 5.5 del RD 897/2017".

vii. Por otra parte, la resolución sancionadora consideró que la conducta infractora era imputable a Flip Energía, S.L. a título de negligencia, sin apreciar intención dolosa (FD IV, Culpabilidad en la comisión de la infracción).

viii. Aunque la infracción apreciada era grave, la resolución sancionadora consideró procedente aplicar el art. 67.3 de la Ley del Sector Eléctrico, que permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o cuando atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada. Y, en consecuencia, aplicó la escala prevista para las infracciones leves del artículo 67.1.c) de la LSE, en tanto que no ha habido dolo por parte de Flip Energía, S.L. y al tratarse, en principio, de un caso único, su antijuridicidad es limitada (FD V, sanción que se formula, aplicable a la infracción cometida).

ix. La cuantía de la sanción de multa, por último, se fijó en 50.000 euros, teniendo en cuenta las últimas cuentas anuales de Flip Energía, S.L., así como el límite del 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (FD V, sanción que se formula, aplicable a la infracción cometida).

**CUARTO.- Sobre la inexistencia de infracción y la falta de tipicidad de la sanción.**

7. Según la recurrente, los hechos por los que se ha seguido el expediente sancionador no son constitutivos de infracción alguna, pues de lo contrario se infringirían los principios de tipicidad y legalidad en materia sancionadora.

8. En su opinión, dado que art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017 no exige formalidad alguna en cuanto a la información que obligatoriamente se debe suministrar a los consumidores y que el gerente de la tienda, D. Moises, sí informó a la denunciante, lo no existe incumplimiento legal ni por tanto infracción de la norma, y en todo caso, su conducta se habría basado en una interpretación razonable de la norma.

9. Según la Administración, esta alegación debe desestimarse por cuanto parte de una premisa falsa basada en una lectura inexacta del artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017. A su juicio, basta una lectura detenida de este precepto para apreciar que, aunque contempla dos supuestos diferentes, no establece dos regímenes distintos. Por tanto, la obligación de información es igual cuando el consumidor está acogido al precio voluntario del pequeño consumidor (PVPC), con independencia de que sea o no perceptor del bono social.

10. En consecuencia, a su juicio, resulta correcta la exigencia de la CNMC de que el cumplimiento de la obligación en un documento que acredite que la información necesaria fue comunicada a la consumidora y que refleje su recepción y constancia.

11. Conviene recordar, al enjuiciar este motivo de impugnación, la normativa de aplicación.

12. Por una parte, el art. 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico establece: "Son infracciones graves: (...) 25. El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables".

13. En concreto, en este caso, la obligación que la resolución sancionadora ha estimado incumplida por la recurrente es la contenida en el último párrafo del art. 5.5 del Real Decreto 897/2017, según el cual:

"5. Cuando un consumidor que esté acogido al bono social vaya a suscribir un contrato con un comercializador en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor, en el marco de las obligaciones recogidas en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social.

Esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII.

Del mismo modo, cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél".

14. El art. 5.6 del Real Decreto 897/2017, por su parte, prevé que el incumplimiento de estas medidas de protección al consumidor con derecho a acogerse al PVPC podrá ser sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico.

15. La resolución sancionadora razona lo siguiente acerca de la tipicidad de la conducta de la recurrente: "Consta acreditado que FLIP ENERGÍA, S.L. no cumplió con la obligación de informar a la titular del respectivo contrato de suministro, Dña. Josefina -cliente acogido al PVPC con su anterior comercializador de referencia- de que al contratar con una comercializadora en mercado libre - como es FLIP ENERGÍA-, en caso de que el consumidor cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impediría la aplicación de aquél" (FD III, Tipificación de los hechos probados).

16. A la luz de lo expuesto, debemos distinguir entre la obligación, el modo de cumplimiento de la obligación y la prueba de haber cumplido la obligación.

17. Sobre el contenido y alcance de la obligación contenida en el art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017 no existe controversia entre las partes.



18. Mayor debate genera el modo de cumplimiento de la referida obligación. La parte actora sostiene que la normativa de aplicación no contempla formalidad alguna, ni modelo o formulario para quienes, estando acogidos al PVPC, no sean perceptores del bono social, limitándose a señalar que el comercializador habrá de informarles de que no podrán disfrutar del bono social. En cambio, la Administración opone que el cumplimiento de dicha obligación está sujeto a una determinada forma, que viene a coincidir con la impuesta cuando el consumidor está acogido al PVPC y es perceptor del bono social.

19. A juicio de la Sala, resulta correcta la apreciación de la CNMC: que el art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017 no especifique el modo en que debe cumplirse la obligación de información a los consumidores vulnerables no implica, *a contrario sensu*, que la forma en que se materialice esa información no deba reunir una serie de garantías.

20. Así, en el FD III (Tipificación de los hechos probados), la resolución sancionadora enumera las siguientes garantías exigibles al modo de cumplimiento de la obligación que se recoge en el art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017 :

- que la información se preste con un grado suficiente de detalle y de manera acreditable,
- que una mera declaración de haber procedido a facilitar información verbalmente no puede considerarse suficiente;
- que refleje su recepción y constancia;
- que refleje que la consumidora hubiese conocido y comprendido de manera suficientemente clara y precisa tal información y las consecuencias que su decisión tendría respecto a la renuncia al bono social.

21. La Sala comparte esta interpretación de la normativa de aplicación por distintas razones.

22. Por una parte, porque se trata de una serie de garantías consistentes y homogéneas con las que el propio art. 5.5 del Real Decreto 897/2017 exige en relación con los consumidores que estén acogidos al bono social.

23. Si bien en este último caso la citada obligación se concreta en la suscripción del documento de renuncia a la aplicación del bono social que se regula en dicho precepto, el uso de la locución adverbial "del mismo modo" implica la extensión de esas mismas garantías al caso de los consumidores que, estando acogidos al PVPC, no sean perceptores del bono social y vayan a suscribir un contrato en mercado libre.

24. En otras palabras, en el primer caso previsto en el art. 5.5 del Real Decreto 897/2017 las garantías están incorporadas al documento de suscripción obligatoria. En el segundo caso, no, lo que permite al comercializador usar cualquier otro medio que permita verificar su cumplimiento. Pero las garantías resultan exigibles siempre.

25. Por otra parte, porque la exigencia al comercializador entrante de las referidas garantías en el cumplimiento de sus obligaciones de información viene a materializar la finalidad de protección de los consumidores vulnerables que persigue el art. 5 del Real Decreto 897/2017.

26. Como también subraya la CNMC, la finalidad del art. 5 del Real Decreto 897/2017 no es otra que garantizar que el consumidor cuenta con toda la información necesaria para valorar qué decisión tomar, conociendo los perjuicios que le puede causar tal contratación en lo relativo al derecho al bono social (FD III, Tipificación de los hechos probados).

27. Sobre la base de lo expuesto, el alegato de la recurrente no puede prosperar, pues el modo de cumplimiento de la obligación que invoca (la declaración del gerente de la tienda) no satisface las referidas garantías ni, por extensión, la finalidad de protección de los consumidores vulnerables.

28. Coincidimos por ello con la valoración de la CNMC al indicar, primero, que la declaración del gerente de la tienda resulta insuficiente para acreditar el cumplimiento de las obligaciones de información y, segundo, que el hecho de que las alegaciones de Flip Energía, S.L. se limiten a esa declaración implica el reconocimiento de que no entregó documentación o información escrita alguna con carácter previo al consumidor (FD III, Tipificación de los hechos probados).

29. También nos parece razonable la resolución sancionadora, por una parte, al apelar al principio de facilidad probatoria, que en este caso opera en contra de la posición defendida por la recurrente. Y, por otra parte, al afirmar que los hechos analizados permiten concluir razonablemente que la empresa no puso a disposición de sus comerciales medio alguno que permitiera el control o supervisión del cumplimiento de la obligación y, por tanto, que permitiese satisfacer los requerimientos establecidos por el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017 (FD III, Tipificación de los hechos probados).



30. Por último, tampoco cabe acoger la interpretación razonable de la norma que se alega por la recurrente para excluir la tipicidad de su conducta. La obligación de información existía y debía ser cumplida de forma que se respetaran los derechos de los consumidores, lo que en este caso no se ha verificado por la recurrente, por lo que dicha actuación resulta subsumible en el art. 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico como infracción grave.

31. Quedaría por analizar la prueba del cumplimiento de dicha obligación. No obstante, este último punto nada nuevo añade al debate en la medida en que la parte recurrente sólo ha propuesto el documento suscrito por el gerente de la tienda. Y este medio de prueba, por las razones expuestas, resulta insuficiente para acreditar que la comercializadora cumplió su obligación de informar al consumidor vulnerable con las debidas garantías.

32. Se desestima el motivo de impugnación.

QUINTO.- Sobre la vulneración del principio de presunción de inocencia

33. A juicio de la recurrente, la resolución sancionadora vulnera el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que, por una parte, niega validez o insuficiencia a la declaración del gerente de la tienda y, por otra, en que la única prueba de cargo es la denuncia formulada ante la OMIC de Elche por D.^a Josefina, que además no era perceptora del bono social.

34. Según la Administración, así como sobre la acusación recae la carga de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del sancionado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo probado. Añade que, en este caso, no cabe duda de que existe prueba de cargo y que la a prueba del hecho de descargo en que consiste el suministro de la información expresa excede del contenido de la presunción de inocencia, por lo que no puede apreciarse infracción del derecho a la presunción de inocencia.

35. Pues bien, como recuerda la jurisprudencia, el principio de presunción de inocencia, aplicable también en el ejercicio de la potestad administrativa, garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no sólo los hechos constitutivos de la infracción, la participación del acusado en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de la sanción (por ejemplo, en sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2008, rec. 146/2004, FJ 4).

36. En este caso, existe prueba de cargo válida y suficiente para destruir la presunción de inocencia de la recurrente, pues ha quedado acreditado a través de las actuaciones incorporadas al expediente sancionador que (i) D.^a Josefina estaba acogida al PVPC con anterioridad al cambio de suministro de energía eléctrica con Flip Energía, S.L.; (ii) Flip Energía, S.L. procedió a dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia NUM001, con respecto al punto de suministro CUPS: NUM000, titularidad de D.^a Josefina; y (iii) Flip Energía, S.L. no ha acreditado haber cumplido la obligación de información derivada del art. 5.5 *in fin* del Real Decreto 897/2017, en las condiciones y con las garantías a que se ha hecho mención en el fundamento anterior.

37. No puede merecer favorable acogida, por tanto, la alegación de la recurrente acerca de que la única prueba de cargo existente sea la denuncia formulada por D.^a Josefina.

38. La alegación de que D.^a Josefina no era perceptora del bono social también debe ser rechazada, pues la obligación de información del art. 5.5 *in fin* del Real Decreto 897/2017 incluye precisamente a este tipo de consumidores en su supuesto de hecho ("cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre").

39. La parte actora sostiene que acreditado el cumplimiento de su obligación a través de la declaración del gerente de la tienda. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, dicha declaración no satisface las condiciones impuestas por el art. 5.5 *in fin* del Real Decreto 897/2017 al modo de cumplimiento de la obligación de información.

40. Se le dio a la recurrente la oportunidad de acreditar en el expediente haber cumplido dicha obligación en la forma expuesta y no lo hizo. Por tanto, a falta de otros medios de prueba que así lo acrediten, la apreciación de la resolución sancionadora acerca del incumplimiento de la obligación de información al consumidor no ha resultado desvirtuada y debe ser confirmada.

41. Se desestima el motivo de impugnación.

SEXTO.- Sobre la culpabilidad.

42. Según se expresa en la demanda, no puede imputarse a la recurrente una conducta culpable ni siquiera a título de negligencia porque cumplió con la obligación de información al consumidor conforme determina el



art. 5.5 *in fin* del Real Decreto 897/2017 . Además, alega que no podía conocer la posible antijuricidad de la conducta, como pone de relieve el hecho de que la norma no establece de qué manera se ha de llevar a cabo dicha información expresa al consumidor.

43. La Administración opone que la demandante ha hecho una dejación negligente y absoluta de sus obligaciones de control de la contratación y dicha negligencia determina la existencia de culpabilidad.

44. La resolución sancionadora, en el apartado b) del FD III (Culpabilidad en la comisión de la infracción, examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso) motiva la culpabilidad de la conducta de la recurrente sobre la base de los siguientes argumentos:

- que la diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos y, en concreto, las relativas a la protección de los consumidores;

- la conducta omisiva de Flip Energía, S.L. y el incumplimiento que la misma comporta se enmarca en el bloque normativo que tiene por objeto velar por la protección de los consumidores domésticos de energía eléctrica;

- entre estas medidas de protección se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección del suministrador, recogido en el artículo 44 c) de la Ley 24/2013;

- una de las nuevas obligaciones del comercializador entrante correlativa a tal derecho, en el supuesto de que el consumidor esté acogido al PVPC, es la de informar de manera expresa a este último de las consecuencias del cambio a un comercializador en mercado libre, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017;

- si bien no se aprecia dolo, la culpabilidad de Flip Energía, S.L. viene dada por la negligente conducta consistente, por un lado, en no garantizar y hacer constar a la consumidora la información de las consecuencias de su cambio al mercado libre.

- por otro lado, la empresa no puso a disposición de sus comerciales medio alguno que permitiera el control o supervisión del cumplimiento de la obligación. Simplemente no realizó ninguna actividad positiva para asegurar al consumidor sus derechos y asegurarse asimismo que cumplía con sus obligaciones; y

- la existencia de negligencia es suficiente para entender cumplida la exigencia en relación con la culpabilidad.

45. Como acaba de exponerse, la responsabilidad de la recurrente que se aprecia en la resolución sancionadora deriva, *prima facie*, de un déficit de organización. A pesar de que el Real Decreto 897/2017 imponía a las comercializadoras entrantes una serie de obligaciones de información a los consumidores vulnerables (o que pudieran serlo), la recurrente no adoptó ninguna medida para garantizar que los derechos de estos fueran debidamente respetados.

46. La infracción cometida por la recurrente, al no informar expresamente sobre las consecuencias de la nueva contratación en mercado libre para el consumidor acogido a PVPC, vino a ser la consecuencia de esa falta de diligencia y previsión en el cumplimiento de la normativa sectorial que resulta de aplicación.

47. La negligencia, que es la categoría de la culpabilidad apreciada en la resolución sancionadora, se ha identificado en la jurisprudencia con la falta de diligencia y la infracción u omisión del deber de cuidado exigible (por ejemplo, en sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014, rec. 3020/2011, FJ 3).

48. Y ambas circunstancias resultan apreciables en la conducta de la recurrente, según se desprende de la motivación contenida en la resolución sancionadora, lo que excluye la vulneración del principio de culpabilidad.

49. Se desestima el motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Sobre la sanción de la conducta del recurrente como infracción leve y la infracción del principio de proporcionalidad.

50. Examinaremos ambos motivos conjuntamente, dada su estrecha conexión.

51. Según la recurrente, la infracción debería haber sido sancionada como infracción leve en atención a las circunstancias concurrentes (el suministro de información verbal al consumidor, la ausencia de perjuicios a la reclamante y a terceros, la inexistencia de dolo o la devolución a aquélla de todas las cantidades facturadas), con una importante disminución de la cuantía objeto de sanción.

52. Similares argumentos se expresan a propósito de la infracción del principio de proporcionalidad, considerando la recurrente que la sanción debería ser inferior a la impuesta por la CNMC. Alega, al respecto, el art. 29 de la Ley 40/2015.



53. La Administración, por el contrario, considera que ninguno de estos motivos de impugnación puede ser estimado.
54. El primero, porque la infracción ya ha sido sancionada como leve por la CNMC de conformidad a la previsión recogida al efecto en el art. 67.3 de la Ley del Sector Eléctrico. Y, además, porque la recurrente no concreta qué infracción del art. 66 de la Ley del Sector Eléctrico debería ser aplicada con preferencia al tipo apreciado en la resolución sancionadora.
55. El segundo, porque la Administración ha impuesto una sanción proporcionada al haberse apreciado como leve e efectos sancionadores, por aplicación del referido art. 67.3 de la Ley del Sector Eléctrico, y al aplicarse las circunstancias de graduación de la sanción que se establecen en el art. 67.4 de la Ley del Sector Eléctrico.
56. Coincidimos con la Administración.
57. La recurrente no concreta en la demanda el tipo de infracción leve en el que procedería subsumir la conducta por la que ha sido sancionada.
58. Además, la propia resolución sancionadora aplicó la posibilidad contemplada en el art. 67.3 de la Ley del Sector Eléctrico y determinó la cuantía de la sanción a imponer conforme a la escala prevista para las infracciones leves del artículo 67.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico, al no apreciar la existencia de dolo y considerar que se trataba de un caso único.
59. En cuanto a la infracción del principio de proporcionalidad, la CNMC aplicó, por una parte, las circunstancias de graduación de la sanción expresamente previstas en la normativa de aplicación, es decir, el art. 67.4 de la Ley del Sector Eléctrico. La parte recurrente no alega que, en la aplicación de esta norma por la resolución sancionadora, se haya producido infracción alguna.
60. Por otra parte, la CNMC aplicó el límite previsto en el art. 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico, es decir, el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.
61. De la ponderación de una y otra circunstancia resultó la cuantía de la multa que se ha impuesto a la recurrente, 50.000 euros.
62. Dado que por la comisión de infracciones leves se puede imponer al infractor una multa por importe de hasta 600.000 euros, según resulta del art. 67.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico, convenimos con la Administración en que la cuantía de la multa impuesta no infringe el principio de proporcionalidad.
63. Se desestiman los motivos de impugnación.

OCTAVO.- Decisión del recurso.

64. Se desestima el recurso.

NOVENO.- Costas.

65. Se imponen las costas a la parte actora al haberse desestimado el recurso, conforme a lo establecido en el art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

FALLO

En el recurso contencioso-administrativo n.º **529/2020**, interpuesto por Alterna Operador Integral, S.L. (anterior Flip Energía, S.L.) contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 11 de febrero de 2020, por la que se declaró a la recurrente responsable de una infracción grave contenida en el art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con el cumplimiento del art. 5.5 *in fine* del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, y se le impuso una sanción de multa de 50.000 euros, debemos:

- 1º.- Desestimar el recurso.
- 2º.- Imponer las costas a la parte actora.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.



PUBLICACION: Fue publicada la anterior sentencia en la forma acostumbrada. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ