

IMPORTANCIA PRÁCTICA A EFECTOS DE CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN, DE LA CALIFICACIÓN DE VARIAS INFRACCIONES COMO SUCESIVAS GRAVES O COMO UNA INFRACCIÓN ÚNICA CONTINUADA*

Análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 abril de 2022 (JUR 2022, 167636)

María Zaballos Zurilla**

Contratada postdoctoral Margarita Salas

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. HECHOS PRINCIPALES. II. EL CONTENIDO DE LOS ARTS. 66.4 Y 65.23 DE LA LEY 24/2013, DE 26 DE DICIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO (LSE). III. POSICIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL. IV. REFLEXIONES FINALES

Resumen: El objetivo del presente trabajo es subrayar la importancia práctica de la distinción entre varias infracciones sucesivas graves en materia de consumidores y una única infracción continuada. Para ello se analiza la SAN, de 13 de abril de 2022 (JUR 2022, 167636) que resuelve el recurso interpuesto por ENDESA S.A frente a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que le condenaba al pago de 300.000 euros por la comisión de tres infracciones graves. El “quid” de la cuestión es determinar si estamos ante tres infracciones graves, o una

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y en el marco del del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora Encarna Cordero Lobato, conforme a la resolución provisional de fecha 23 de junio de 2022;

** **Contratada postdoctoral Margarita Salas Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).** El contrato es financiado por parte del Ministerio de Universidades a través de la Unión Europea-NextGenerationEU, sujeto al Real Decreto 289/2021, de 20 de abril, (BOE núm. 26 de 22 de abril de 2021), por el que se regula la concesión directa de subvenciones a Universidades públicas para la recualificación del sistema universitario español, así como a la Orden del Ministerio de Universidades UNI/551/2021 de 26 de mayo (BOE núm. 133 de 4 de junio de 2021). **Centro receptor: Universidad Pompeu Fabra. Grup de Recerca en Dret Patrimonial. ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-9781-5171>

única infracción continuada. Cuestión que tiene trascendencia a los efectos del principio de proporcionalidad.

Palabras claves: Principio de proporcionalidad, infracción de consumo, infracción continuada.

Title: Practical importance of the classification of several infractions as several serious ones or as a single continuous infringement for quantifying the penalty.

Abstract: The objective of this paper is to underline the practical importance of the distinction between several successive serious infringements and a single continuous infringement. For this, the SAN, of 13th of April 2022 (JUR 2022, 167636) is analyzed, which deals with the appeal filed by ENDESA, S.A against the National Commission of Markets and Competition that condemned it to pay 300, 000 euros for making three serious infractions. The key point of the matter is to consider whether the principle of proportionality has been violated by considering these infractions as three serious ones and not as a single continuous infraction.

Keywords: Principle of proportionality, consumer infractions, continuous infringement.

I. HECHOS PRINCIPALES

El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito de denuncia presentado por D. Luis Alberto y D^a Evangelina, en condición de herederos de D. Ángel Daniel, contra ENDESA ENERGÍA, S.A. Mediante dicho escrito denunciaban tres cambios de suministrador de energía eléctrica sin consentimiento realizados por la compañía eléctrica. El titular de los tres puntos de suministro objeto de la reclamación era el mencionado D. Ángel Daniel -fallecido, según el Registro Civil de Barcelona, el 31 de marzo de 2017, al tiempo de producirse dichos cambios unilaterales de suministro-

Los denunciantes manifestaron que en septiembre de 2017 observaron que en los tres contratos de suministro en cuestión, se habían producido varios cambios sin consentimiento del titular. Los cambios advertidos afectaban a la comercializadora, a la tarifa aplicable, a la potencia y a la tensión del suministro.

Con base en estas denuncias, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC), en sesión de 12 de enero de 2017, en el marco de los procedimientos sancionadores SNC/DE/025/16, y SNC/DE/027/16, acordó declarar a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A. «responsable de la comisión de una infracción leve», en cada uno de citados expedientes, de conformidad con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de

diciembre, del Sector Eléctrico, debido al incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes. La misma Sala de Supervisión Regulatoria, esta vez en sesión de 23 de febrero de 2017, en el marco del procedimiento SNC/DE/041/16, acordó declarar a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A. «responsable de la comisión de una infracción leve», de conformidad con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Tras la tramitación del procedimiento sancionador la CNMC dictó resolución el 5 de marzo de 2020, imponiendo a ENDESA ENERGÍA, S.A una sanción consistente en el pago de una multa de 100.000 €, por cada una de las tres infracciones graves cometidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.23 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, lo que asciende a un total de 300.000 €. Obsérvese que esta resolución habla de infracciones graves.

ENDESA ENERGÍA, S.A. no conforme con la dicha resolución, interpone recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

II. EL CONTENIDO DE LOS ARTS. 66.4 Y 65.23 DE LA LEY 24/2013, DE 26 DE DICIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO (LSE)

La CNMC se refiere en la resolución de 5 de marzo mencionada, al contenido de los arts. 66.4 y 65.23 LSE. Veamos cuál es este:

El art. 66 relativo a las infracciones leves, en el número 4 tipifica como tal: "El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes". Ciertamente, estos requisitos se han incumplido.

Sin embargo, el art. 65 se refiere a las infracciones graves, estableciendo el número 23 que lo es:

"El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, así como de las condiciones de contratación y de apoderamiento con los clientes".

Lo primero que llama la atención es que, en las sesiones de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de enero y febrero de 2017, se acordó declarar a la compañía eléctrica responsable de la comisión de tres infracciones leves según el artículo 66.4. Sin embargo, la resolución de marzo de 2020 condena a ENDESA al pago de 300.000 euros por la comisión de tres infracciones graves del art. 65.23 LSE, con base en ese incumplimiento reiterado.

La clave está en establecer si en el caso resuelto por la SAN estamos ante tres infracciones leves, tres graves, o una sola infracción grave continuada. Cuestión clave para determinar el importe de la sanción. Entiendo que en este caso el incumplimiento reiterado es lo que hace que la conducta sea considerada como grave (reiteración que resulta clarísima). El propio art. 65. 42 LSE, al determinar qué es infracción grave considera tal: "La comisión reiterada de tres o más infracciones tipificadas como leves en el artículo 66 de esta Ley". Coincido en este punto con la resolución recurrida, cuya decisión no puede ser otra a la vista de este precepto, Pero discrepo en que ello convierta en grave cada una de las acciones individuales llevadas a cabo. De ser así se estaría contraviniendo el principio de proporcionalidad, en mi opinión.

Refuerza este razonamiento También el artículo 29.6 Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público cuando afirma que:

"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".

Me parece interesante asimismo traer a colación, aunque no se hace referencia al mismo en la sentencia comentada, el art. 46.8 TRLGDCU. Dispone que:

"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se sancionará como única infracción, aunque valorando la totalidad de la conducta, la pluralidad continuada de acciones u omisiones idénticas o similares realizadas por un sujeto en relación con una serie de productos o prestaciones del mismo tipo".

Por lo expuesto hasta el momento, entiendo que en el caso que nos ocupa resulta claro que estamos ante una infracción grave continuada, y no ante tres infracciones independientes, lo cual no resulta baladí a los efectos de la cuantía de la sanción. Veamos, a continuación, qué posición adopta la AN.

III. POSICIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Como hemos visto la CNMC condena a ENDESA ENERGÍA, S.A. a pagar 300.000 euros al entender que la compañía eléctrica había cometido tres infracciones graves (100.000 por cada una). La sociedad recurre la sentencia alegando los siguientes motivos:

- 1.- Vulneración del principio de objetividad y del derecho a la presunción de inocencia del administrado.
- 2.- Errónea valoración de los hechos acaecidos. Contrataciones dotadas de plena apariencia de veracidad. Observancia por Endesa Energía de la diligencia que le era exigible.

- 3.- Eventual inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente infringidos por Endesa Energía.
- 4.- Observancia por Endesa Energía de todas las obligaciones que le eran exigibles en cuanto comercializadora. Falta de subsunción de los hechos en los tipos infractores imputados. Inexistencia de infracción.
- 5.- Vulneración del principio de culpabilidad.
- 6.- Vulneración del principio de proporcionalidad¹ pues considera la demandante que la cuantificación de las sanciones impuestas no responde a criterios objetivos.

Este comentario se va a centrar en el análisis del último de ellos lo que pasa por determinar si la conducta llevada a cabo por ENDESA es una infracción continuada o tres infracciones distintas.

¿Cuáles son las alegaciones de ENDESA sobre esta cuestión? La recurrente argumenta que, aunque la resolución recurrida reduce de modo importante el importe de la multa inicialmente propuesta para cada una de las infracciones, de 600.001 € (siendo el importe agregado de las tres sanciones 1.800.003 €) a 100.000 € (resultando el importe agregado de las tres sanciones, 300.000 €), se continúa vulnerando el principio de proporcionalidad. Considera que ello es así porque el único criterio de graduación a que se refiere, de los previstos en el artículo 67.4 LSE², es la reiteración, no invocando ningún otro que pudiera motivar la imposición de tres sanciones de multa por importe de 100.000 € cada una.

Estima también la recurrente que la CNMC se limita a indicar en su resolución sancionadora que, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras, y la comisión de las infracciones por negligencia grave de la infractora, se impone una multa de cien mil euros (100.000 €) por cada una de las infracciones cometidas, sumando un total de trescientos mil euros (300.000 €) al

¹ La potestad sancionadora de la Administración se ajusta a una serie de principios, entre ellos, el principio de proporcionalidad. Este principio supone una correspondencia ente la infracción cometida y la sanción impuesta. Se encuentra expresamente previsto en la LRJSP en su Capítulo III art. 29 que reza:

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

² Art. 67.4 LSE: En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente. b) La importancia del daño o deterioro causado. c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro. d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma. e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma. f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico. h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.

estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes. Proporcionalidad que pone en duda la compañía eléctrica.

La AN al resolver el recurso no comparte el razonamiento de la resolución dictada por la CNMC cuando considera que se han producido tres infracciones graves, como consecuencia de la individualidad de cada una de las tres infracciones en cada uno de los tres contratos. Menciona una sentencia de la propia Audiencia Nacional de fecha 21 de octubre de 2021 en un supuesto análogo al que nos ocupa: se llevó a cabo la activación del suministro eléctrico sin consentimiento del titular, en la misma fecha, si bien en tres puntos de suministro distintos. En este supuesto consideró la mencionada SAN que se trata de una infracción continuada, en el artículo 29.6º Ley 40/2015 transcrito previamente.

Apunta con acierto la AN que 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 (RJ 2005, 5402), en la que establece 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.
- c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza".

Sostiene la AN que, en este caso, concurren 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 del titular de los suministros.
- 3) Coincidencia en coordenadas espacio-temporales próximas: Las actuaciones infractoras tuvieron lugar en la misma fecha, 22 de agosto de 2017.
- 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 D. Ángel Daniel, sin que conste su consentimiento, dado que había fallecido meses antes.

Por lo expuesto, la AN estima parcialmente el recurso y anula la resolución impugnada en cuanto sanciona a la entidad recurrente por la comisión de tres infracciones graves.

Sostiene la AN que debió ser apreciada una única infracción grave continuada y, aunque considera que la sanción de 100.000 € puede considerarse proporcionada, en aras al tan mencionado principio de proporcionalidad y atendiendo a las circunstancias del caso, 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 estima que es necesario graduar la sanción, aumentando la cuantía impuesta por una sanción en la mitad de su importe, de lo que resultaría una cuantía de 150.000 €, inferior al importe total de las tres sanciones y superior al de una única sanción, referida al alta de uno de los contratos.** Es decir, finalmente ENDESA, S.A es condena al pago de la mitad de lo que estipulaba en su resolución la CNMN.

El principio de proporcionalidad es determinante para fijar la cantidad final de la sanción.

La importancia de este principio ha sido puesta de relieve en numerosas ocasiones en la jurisprudencia pues dicho principio "en cuanto criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos que restrinja o lesione de algún modo los derechos individuales de los ciudadanos, modula la actuación de la Administración al imponerle una frontera o límite en su actividad represiva, la cual únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma" (STS de 13 febrero 2013(RJ 2013, 5366)-).

IV. REFLEXIONES FINALES

Comparto el fallo de la SAN y la argumentación desarrollada, atendiendo a la legislación citada y a las características de las infracciones. Procede, en consecuencia, considerar la infracción como continuada.

La cuestión no es baladí pues como se aprecia en este caso, la consideración de varias infracciones graves como una continuada puede conllevar una reducción considerable del importe de la sanción.

Coincido también con la modulación de la sanción que realiza la SAN, por aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto que, aunque es una infracción continuada, el reproche es mayor con tres infracciones que con una. Como señala la STS de 2 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5254)-) "incumbe a la Administración sancionadora el

deber de llevar a cabo una verdadera tarea individualizadora de la respuesta disciplinaria en función de la antijuridicidad del hecho, de las circunstancias del autor de la infracción y del interés del servicio, tomando en consideración el conjunto de factores objetivos y subjetivos concurrentes en el caso, que conduzcan a la compensación de la ilicitud mediante el "*quantum*" de la reacción disciplinaria imponible cuando la sanción elegida sea graduable" .

Por ello, resulta de vital importancia analizar minuciosamente las circunstancias de cada caso concreto a fin de que, efectivamente, se den los requisitos que permitan considerar una determinada conducta como infracción continuada y no como varias infracciones graves. De este modo se garantiza la adecuación entre la acción/acciones realizada/s y la sanción impuesta, y se salvaguarda el principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

STS de 30 noviembre 2004 (RJ 2005, 5402)

STS de 13 febrero 2013 (RJ 2013, 5366)

STS de 2 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5254)

SAN de 13 abril de 2022 (JUR 2022, 167636)