
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 6 DE MAYO DE 2016 A LA EMPRESA COMERCIALIZADORA ENDESA ENERGÍA S.A.U POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES.

SNC/DE/025/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 12 de enero de 2017.

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Escrito de denuncia*

El 8 de abril de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del consumidor afectado, en el que se denunciaba el cambio de suministro sin consentimiento de los contratos de suministro de electricidad y gas natural en favor de la sociedad comercializadora ENDESA ENERGÍA S.A.U. En lo que afecta a esta resolución, en la denuncia se hacía manifestación de lo siguiente:

- Que tenía formalizados contratos de gas y electricidad con Gas Natural Fenosa.

- Que en visita domiciliaria de 30 de junio de 2014 de un supuesto empleado de dicha compañía, permitió la visualización de una factura y su DNI, para un supuesto problema de contadores.
- Que en diciembre de 2014 y pasados varios meses sin recibir facturas de suministro, se puso en contacto con su empresa suministradora (Gas Natural Fenosa) quien le informó que ya no suministraba a su vivienda.
- Que ese mismo día, en contacto telefónico con ENDESA ENERGIA SAU se le informó de la existencia de sendos contratos con dicha compañía.
- Que en ese momento manifestó no haber tramitado ni autorizado la tramitación en su nombre del cambio de suministrador, y reclamó copia del original del contrato, así como la reversión del suministro con la compañía inicial.

Acompañaba a su escrito de denuncia copia de varias comunicaciones de Endesa, en relación con reclamaciones previas del interesado.

SEGUNDO. *Diligencias previas de la CNMC*

Desde la CNMC se solicitó a ENDESA ENERGÍA, SAU (ENDESA) información sobre la reclamación indicada, la cual afecta al CUPS de electricidad [...], y al contrato de gas natural número [...], correspondientes ambos a un mismo domicilio en la localidad de Zaragoza, recibándose, tras varias gestiones informales, comunicación de ENDESA en la que se indicaba lo siguiente:

- Que el sujeto denunciante formalizó de forma presencial el contrato de suministro de electricidad y de gas natural con ENDESA ENERGÍA en fecha 11 de julio de 2014.
- Que con ocasión de dicha contratación se generó contrato de luz número [...], que estuvo en vigor desde 12 de agosto de 2014 hasta 6 de abril de 2015. Asimismo, se generó contrato de gas natural número [...] el cual entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y sigue en vigor.
- Que sin perjuicio de ello, con ocasión de la reclamación presentada, por deferencia comercial, se procedió a anular el cobro de las facturas de suministro eléctrico emitidas durante la vigencia del contrato de electricidad y no abonadas, así como a tramitar la devolución de las que sí fueron pagadas, si bien tal devolución no ha podido completarse por desconocimiento de la cuenta bancaria para el ingreso.

- Que, en lo relativo al contrato de gas, el mismo sigue activo con Endesa, en tanto el consumidor decida tramitar el cambio.

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 6 de mayo de 2016 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGIA S.A.U., por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Según el **acuerdo de incoación**, los hechos concretos imputados son *“la presunta activación, sin consentimiento del consumidor, de contrato de suministro eléctrico relativo al CUPS [...], situación que, indiciariamente, se habría mantenido, al menos, entre el 12 de agosto de 2014 y el 6 de abril de 2015.”*

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción leve del artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, *“El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.”*

El acuerdo de incoación fue notificado el 12 de mayo de 2016 a la mencionada sociedad, la cual, mediante escrito de 18 de mayo, solicitó ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue concedida en los términos del artículo 49 de la Ley 30/1992, hasta el 8 de junio de 2016.

CUARTO. Alegaciones de ENDESA al acuerdo de incoación

Con fecha 10 de junio de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de la sociedad ENDESA ENERGIA (ENDESA) remitido por correo administrativo el día 8 de junio, en el que se manifiesta, en síntesis lo siguiente:

En **primer** lugar, bajo el epígrafe «con relación a los hechos», ENDESA afirma la voluntad de contratación y ausencia de falta de consentimiento, y afirma que, consultados sus sistemas comerciales, ha comprobado que en fecha 11 de julio de 2014 el titular del CUPS [...] contrató el suministro eléctrico con su compañía, y hace referencia a los folios 30 a 37 del expediente, en los que consta la copia del contrato. Este contrato, prosigue, está debidamente cumplimentado y firmado

por el titular, y acompañado por copia del DNI, el cual, se dice, fue facilitado por el propio reclamante en el momento de la contratación. Añade que, si bien debido a un error en la custodia de la documentación no fue posible localizar y aportar junto con la respuesta al requerimiento el anverso del DNI del reclamante, se aportó copia del reverso del mismo en el que consta el número y el nombre y apellidos del consumidor. Añade que, en cualquier caso en el folio 7 del expediente consta copia completa del DNI, del cual ya disponía ENDESA toda vez que le fue facilitado por el propio reclamante, según se deduce del escrito que consta en el folio 6, a la vista del cual se observa que el reverso es el mismo que ENDESA aportó junto con el escrito de respuesta al requerimiento en el expediente CNS/DE/0166/15.

Prosigue afirmando que siendo la firma del DNI coincidente con la estampada en el resto de documentos, la contratación tenía una clara apariencia de veracidad.

Que, así se generó el contrato de suministro con fecha de alta el 12 de agosto de 2014, y permaneciendo en vigor hasta el 6 de abril de 15 fecha en que causó baja por cambio de comercializadora. Indica que a su criterio, retractarse de un compromiso comercial previamente adquirido no puede interpretarse como que ENDESA diera de alta un contrato sin tener el previo consentimiento.

Añade que la existencia de una comunicación de ENDESA obrante al folio 22 en la que se atiende a una solicitud de fraccionamiento de pago presentada el 3 de febrero de 15, pone de manifiesto la existencia de un requerimiento previo del cliente de fraccionar el pago del importe adeudado, y por tanto, su voluntad de pago, con independencia de la decisión final de ENDESA de condonar la misma por deferencia comercial.

Concluye ENDESA este apartado mostrando su disconformidad con los hechos referidos en los antecedentes del acuerdo de incoación en todo aquello no reconocido expresamente.

En **segundo** lugar, bajo el epígrafe “*vulneración del principio básico de antijuridicidad*”, ENDESA alega la inexistencia de conducta antijurídica, y de infracción alguna, afirmando la existencia de un contrato válido, por concurrir en el mismo los elementos esenciales de consentimiento objeto y causa, insistiendo nuevamente en la circunstancia de que la fotocopia del DNI fue aportada por el consumidor en el momento de la contratación.

En **tercer** lugar, bajo el epígrafe “*vulneración del principio básico de culpabilidad*”, ENDESA hace referencia a la exigencia jurisprudencial de culpabilidad subjetiva por dolo, negligencia, o ignorancia inexcusable, y al rechazo de la responsabilidad objetiva, afirmando a continuación que en el caso presente, la contratación presentaba una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad. Afirma que no cabe apreciar culpabilidad en

la actuación de ENDESA, la cual actuó con la creencia de que la persona con quien contrataba era quien decía ser y se identificaba como tal.

Dentro de este mismo apartado, afirma la diligencia y buena fe de ENDESA, que, pese a disponer del contrato de suministro debidamente cumplimentado, procedió, con ocasión de la reclamación presentada, a anular el cobro de las facturas de suministro eléctrico emitidas durante la vigencia del contrato y no abonadas por el consumidor, y a tramitar la devolución a su favor del importe de las que sí fueron pagadas. Adjunta a su escrito impresión de pantalla de la transferencia a favor del reclamante por importe de 221,38 euros.

En **cuarto** lugar, bajo el epígrafe «*vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia*», menciona Sentencia del Tribunal Constitucional que afirma el criterio de que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio. Añade que corresponde a la Administración probar la inexistencia de consentimiento, y, en consecuencia la inexistencia del contrato válidamente celebrado.

ENDESA finaliza su escrito de alegaciones solicitando el archivo de las actuaciones por inexistencia de indicios de cualquier conducta constitutiva de infracción administrativa

QUINTO.- Propuesta de Resolución

El 18 de octubre de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el
Director de instrucción de energía de la CNMC

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO.- Declare que la empresa ENDESA ENERGIA S.A.U. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 23/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de VEINTE ML (20.000) EUROS.

La Propuesta de Resolución fue notificada a ENDESA ENERGÍA el 31 de octubre de 2016, según obra en el expediente administrativo.

SEXTO.- Alegaciones de ENDESA a la propuesta de resolución

Por escrito de 18 de noviembre de 2016, ENDESA efectuó alegaciones a la propuesta de resolución en sentido similar a las realizadas, en su momento, al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador. En particular:

- Que, en contestación al requerimiento efectuado por esa Comisión, ENDESA procedió a aportar copia del contrato debidamente cumplimentado y firmado por las partes. Debido a un error en la custodia de la documentación no se localizó el anverso del DNI del cliente, si bien en el reverso puede observarse tanto el DNI como el nombre y apellidos del mismo. Así pues, no existía duda razonable sobre la personalidad del cliente. ENDESA señala los siguientes elementos que acreditan la existencia contratación:
 - Que existe un contrato de suministro firmado por las partes el 11 de julio de 2014, si bien, como señala ENDESA *“la fecha señalada por el reclamante no coincide con la de firma del contrato”*.
 - Que ENDESA dispone de copia del DNI del cliente. A tenor de la normativa aplicable (DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009) no se exige disponer de copia del DNI, bastando con *“cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad [del cliente]”*. Si bien en este caso, señala ENDESA *“no ha sido posible localizar la llamada de verificación”* a efectos de comprobar el consentimiento, el comercial que gestionó la contratación obtuvo copia del DNI del cliente (aunque, por el señalado error de custodia, sólo se dispone del reverso). Tampoco exige la normativa dispone de factura, pues basta con tomar los datos de una de las que pueda proporcionar el cliente.
 - Que el cliente procedió al pago de las facturas, incluso de manera fraccionada.
- Que no concurre la culpabilidad necesaria en toda infracción administrativa. La contratación fue gestionada por una tercera entidad ajena a ENDESA. Consecuentemente, por mucho que, a efectos dialécticos, se considere que dicha entidad ha cometido una infracción administrativa consistente en recabar fraudulentamente los datos del cliente, ello no implica que ENDESA haya cometido, por ese mismo hecho, otra infracción administrativa. En el hipotético caso de que el particular no haya prestado su consentimiento para la contratación, no hay

culpabilidad de ENDESA porque disponía del contrato firmado, de la copia de su DNI, el cliente abonó las facturas y solicitó el fraccionamiento. Por último, ENDESA dispone de un certificado de calidad en el proceso de captación de clientes expedido por una entidad certificadora.

- Que, de manera subsidiaria, se alega que el importe de 20.000 euros de sanción que contiene la propuesta de resolución es desproporcionado. Se trata de una sanción que supera el mínimo previsto para las infracciones leves sin aclarar cómo se obtiene la cantidad en la que se cifra la sanción, infringiendo el principio de proporcionalidad y el deber de motivación. Consecuentemente, en caso de que la Comisión considere plenamente acreditada la comisión de la infracción imputada, se trataría de una infracción que debería sancionarse en su importe mínimo dentro de la escala establecida para las infracciones leves.

SÉPTIMO.- Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de 23 de noviembre de 2016, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

OCTAVO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS en este procedimiento sancionador los siguientes:

Primero.- ENDESA ENERGIA S.A. procedió a activar el contrato de suministro de electricidad del CUPS [...], el 12 de agosto de 2014, sin haber efectuado previamente un adecuado control o comprobación del efectivo otorgamiento del consentimiento a la contratación por parte del titular del punto de suministro. La fecha de activación ha sido reconocida por ENDESA en sus alegaciones y figura, asimismo, en la documentación obrante a los folios 20 y 21. La inexistencia de un adecuado control previo para la comprobación del consentimiento se desprende asimismo de las alegaciones de ENDESA. En particular, EDENSA no

practicó comunicación de bienvenida al consumidor, ni efectuó llamada de comprobación y control, pese a que entre la documentación empleada en la supuesta contratación no figuraba el anverso del DNI del consumidor con su firma.

Segundo.- ENDESA procedió más tarde, y no de forma inmediata, sino con posterioridad a la apertura de diligencias previas por parte de la CNMC, a anular el cobro de las facturas no abonadas por el consumidor afectado y a tramitar la devolución a su favor del importe de las que sí fueron pagadas, siendo el importe total de éstas últimas de 221,38 euros. Así se comunicó por ENDESA a la CNMC en el curso de las diligencias previas, indicándose que ello se hizo por deferencia comercial, y así se reitera en el escrito de alegaciones al acuerdo de incoación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones previstas en el párrafo 4 del artículo 66 de la misma Ley. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 11 y siguientes del RD 1398/1993, norma que resulta aplicable a tenor de la DT 3ª, apartado a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (*«A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»*). Por otro lado, los principios de la potestad sancionadora, previstos en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*«Ley 30/1992»*), figuran ahora en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*«Ley 40/2015»*).

Asimismo resulta de aplicación, en cuanto a normas de procedimiento se refiere, lo dispuesto en la Ley del Sector Eléctrico, en particular, lo establecido en su artículo 79, donde se determina un plazo máximo de nueve meses para resolver y notificar la resolución del expediente.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 66 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (en adelante LSE) contempla entre las infracciones leves, en su apartado 4, la siguiente: *«El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes»*.

Es indudable que la primera y principal exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor, exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente, y que no desaparece ni se atenúa (más bien al contrario) por la circunstancia de que haya mediado la intervención de un tercer sujeto que realiza para la empresa comercializadora la tarea de captación de clientes y promoción de productos.

Efectivamente, el artículo 44.1.c de la LSE señala el derecho del consumidor a *«elegir su suministrador»*. Por otro lado, el artículo 46 de la LSE, establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado g) la de *«Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación...»* La mención por la LSE de la obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores pone de manifiesto que es el comercializador, y solo el comercializador, el titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto a él corresponde comprobar la identidad y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro, tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado la captación de clientes. En particular, no puede aceptarse la alegación de ENDESA relativa a que no le sería imputable una infracción por el hecho de que la empresa comercial a través de la cual actuó pudiera haber recabado fraudulentamente el consentimiento del cliente. En último término sería aplicable el instituto de la «culpa in eligendo» o la «culpa in vigilando», según el cual debería considerarse responsable a ENDESA de las actuaciones de la empresa que actuó para ella en el momento de recabar el supuesto consentimiento, y ello sin perjuicio de la falta de adecuada comprobación de la contratación efectuada por parte de ENDESA.

Es evidente que en el presente caso, ENDESA, dando por cierta, sin las adecuadas comprobaciones adicionales, la voluntad de contratación de un

supuesto cliente a partir de los datos que le proporciona un agente comercial, procedió a la activación del contrato de suministro y a la generación de facturas, sin practicar previamente el necesario control para la comprobación de la efectiva voluntad de cambio del consumidor a favor de la comercial ENDESA. No efectuó comunicación directa con dicho consumidor, ni telefónicamente, ni mediante comunicación escrita, a pesar de que entre la documentación contractual de la que ENDESA disponía no estaba el anverso del DNI del supuesto cliente, y no le resultaba posible, por ello, previo contraste de firmas, confirmar la veracidad de la contratación.

La mencionada ausencia de controles efectuados con carácter previo a la activación del contrato es una conducta omisiva constitutiva de infracción prevista en el artículo 66. 4 de la LSE.

Alega ENDESA que no existe conducta antijurídica porque existió una contratación válida, por la concurrencia de consentimiento objeto y causa, elementos esenciales del contrato según el artículo 1261 del Código Civil.

No obstante, la Sala no coincide con ENDESA acerca de la concurrencia del primero de tales requisitos (el consentimiento del consumidor), ya que la misma sociedad ha reconocido en otros apartados de su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación que activó el contrato a la vista de una documentación que *«tenía apariencia de veracidad»*. La instrucción del procedimiento ha puesto de manifiesto que la inicial apariencia de validez de la documentación aportada resultaba dudosa desde un principio y, en cualquier caso exigía, al menos, la confrontación de la firma con la que figura en el duplicado del DNI del que ENDESA no dispuso hasta que el propio consumidor se lo facilitó en el curso de su reclamación.

Es esta dejación u omisión de control, previa a los trámites de activación del contrato, incurre en el ilícito administrativo previsto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 diciembre, del Sector Eléctrico.

La protección que el precepto pretende, al exigir al comercializador el estricto cumplimiento de los *«requisitos de contratación y apoderamiento con el cliente»*, abarca, entre otros posibles supuestos, aquellos en que existiendo duda razonable acerca de la personalidad del cliente o acerca del correcto otorgamiento del consentimiento por parte de éste, tales dudas pueden ser solventadas mediante controles. Entre ellos, el contacto directo de la comercializadora con el cliente, con carácter previo a la activación del contrato, aparece como el más obvio, y potencialmente más eficaz modo de comprobación de la correcta actuación en la captación del cliente, y de la veracidad de la documentación recibida por la comercializadora.

Tales controles, como se ha repetido, no existieron en este caso, a pesar de lo cual ENDESA finalmente devolvió los importes facturados, lo que implica que indudablemente tuvo las dudas expuestas, ya que difícilmente es creíble que tal devolución se produjera «por deferencia comercial».

No pueden aceptarse asimismo las explicaciones proporcionadas por ENDESA en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

La instrucción ha puesto de manifiesto la existencia de indicios suficientes acerca de la falta de diligencia de ENDESA para comprobar la prestación de consentimiento del cliente. Según lo indicado, el que tal contratación se haya efectuado a través de un agente comercial no excluye la responsabilidad de ENDESA, a pesar de que esta última insinúe que así sería. La denuncia presentada ante la CNMC incluye una detallada narración de hechos de absoluta verosimilitud. En particular, el consumidor manifestó que el agente comercial que se personó en su domicilio se hizo pasar por empleado de otra compañía eléctrica, *«para una explicación relacionada con un problema de contadores»*. Frente a ello, ENDESA, sin desmentir esos hechos, se acoge únicamente a la apariencia de veracidad de la contratación efectuada por la empresa que actuó como agente comercial. Sin embargo, la copia del DNI de que disponía ENDESA en el momento de la contratación no estaba completa, al faltar el anverso, parte esencial del documento para la comprobación del consentimiento en cuanto contiene la firma. Además, el contrato con el consumidor está fechado en un momento distinto al de la visita comercial que indica la denuncia, sin que ENDESA haya proporcionado una explicación satisfactoria al respecto. Junto a ello, la propia ENDESA ha reconocido en su escrito que *“no ha sido posible localizar la llamada de verificación”* a efectos de comprobar el consentimiento, y tampoco remitió una comunicación de bienvenida al cliente. En contra de lo que señala ENDESA, no cabe excluir su responsabilidad por el hecho de que el consumidor haya abonado las facturas. La propia denuncia señala que el pago se hizo *«por miedo a un corte de los suministros»*, siendo tal explicación del consumidor perfectamente verosímil. En esa medida, en nada afecta a los hechos que el pago por el cliente se haya efectuado de modo fraccionado. Por último, como es obvio, el que ENDESA disponga de un sello de calidad en el proceso de captación de clientes expedido por una entidad certificadora no excluye su responsabilidad en esta concreta contratación.

En definitiva, la instrucción practicada acredita que en el presente caso tuvo lugar, si bien de manera ocasional y aislada, una infracción de ENDESA que se circunscribe a la efectiva comprobación de consentimiento para la contratación. En esa medida, la infracción consistió en el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, pues ENDESA no comprobó adecuadamente la prestación del supuesto consentimiento en una contratación efectuada por un agente comercial que actuó para ella. En vista de lo anterior no se considera, en particular, que en atención a la gravedad objetiva de la conducta

y a la lesión del bien jurídico protegido, procediese la tipificación como grave de la conducta, singularmente desde la perspectiva del artículo 65. 25 de la Ley 24/2013.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

a) Consideraciones generales:

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, según el cual *«sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia»*. En términos similares, el artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015 señala: *«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

Lo anterior debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»*¹.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso.

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.

Entre éstas se encuentra en primer plano la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44.c de la LSE). La obligación del comercializador que es correlativa a tal derecho del consumidor, es la de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. Ello comporta la necesidad de aplicar con carácter previo a la activación de cualquier contrato de suministro, los controles que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor.

Tales controles previos no fueron aplicados en este caso por ENDESA y ello constituye la negligencia punible en este procedimiento: Alega al respecto ENDESA que *«la circunstancia de disponer de un contrato firmado, dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora. No cabe apreciar culpabilidad en la actuación de esta entidad, que actuó con la creencia de que la persona con quien contrataba era quien decía ser y se identificaba como tal.»*

Tal alegación debe ser rechazada. Hay negligencia culpable en la aceptación de una documentación escrita (no entregada presencialmente a ENDESA por el sujeto) y en la correlativa presunción de que se ha otorgado el consentimiento por la persona cuyos datos figuran en dicha documentación, cuando no se ha entablado ninguna clase de contacto directo con dicha persona, y ni tan siquiera se dispone de copia completa del DNI como elemento de contraste de la firma que figura en aquella documentación.

ENDESA dio por buena una información con *«apariencia de veracidad»*, y dio por supuesto el otorgamiento del consentimiento sin aplicar ningún control adicional para comprobar dicho extremo. No consta que se efectuara la llamada de confirmación que es habitual en los protocolos de contratación de las empresas comercializadoras de electricidad, ni consta que ENDESA entablara ningún tipo de contacto con este cliente hasta que él mismo, algunos meses más tarde, y advertido por su anterior suministradora, se dirigió a ENDESA solicitando explicaciones.

La Sala no tiene elementos de convicción que permitan afirmar que tal conducta haya respondido a una decisión consciente y voluntaria de ENDESA, la cual sería constitutiva de dolo. Ahora bien, es indudable que, bien por desorden administrativo interno o por falta de comunicación interna entre sus distintos departamentos, bien por no haber atribuido a las exigencias de contratación individual la importancia que la LSE les otorga, lo cierto es que ENDESA ha hecho dejación negligente de sus obligaciones de control de la contratación en este supuesto concreto, y que dicha negligencia determina la existencia de culpabilidad. Como ya se ha señalado, no puede excluirse la culpabilidad de ENDESA por la circunstancia de que la contratación irregular tuviese origen en la actuación de una empresa comercial que actuaba para dicha comercializadora, pues, en último término, la responsabilidad resultaría imputable a ENDESA a título de culpa in eligendo o in vigilando.

Lo que sí consta sin embargo, es que, si bien no de forma inmediata tras las quejas y reclamaciones directas del consumidor, sino más tarde, y previa intervención de la CNMC, ENDESA inició los mecanismos para la corrección de lo actuado, y devolvió los importes facturados. Tal circunstancia de reparación del daño causado, debe ser tenida en cuenta a los efectos de atenuar la culpabilidad y la gradación de la sanción a imponer.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

- «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».

La propuesta de resolución señaló que no concurre ninguna de las circunstancias determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, el cual afecta a una sola contratación de suministro eléctrico, y se circunscribe a la circunstancia de tal contratación, y en concreto a la de prestación del consentimiento necesario para contratar. En cambio, advirtió, concurre la circunstancia acreditada, según queda reflejado en el hecho probado segundo de esta resolución, de haberse procedido por ENDESA a la reparación del daño causado mediante devolución de los importes facturados, si bien tal reparación no se produjo de forma inmediata, tras las quejas y reclamaciones del consumidor, sino con posterioridad a la intervención de la CNMC, tras la denuncia de aquél. Asimismo, la propuesta de resolución, considerando los niveles de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras, así como la inexistencia de beneficio como consecuencia del comportamiento infractor, y la restitución del daño causado, propuso una multa de veinte mil euros.

ENDESA ha alegado que dicha propuesta no respeta las exigencias de motivación. Esta Sala discrepa de tal afirmación. La propuesta de resolución incluía una motivación suficiente de las razones por las que se fijaba tal importe de multa. Como dicha propuesta señalaba, una compañía como ENDESA está obligada a aplicar medidas estrictas de control del consentimiento prestado por los supuestos clientes que contraten con ella, siendo este un caso de negligencia en su actuación. Es evidente, por otro lado, que el importe de la sanción propuesta resulta insignificante para una empresa cuya facturación anual, como es notorio, supera la decena de miles de millones de euros. Asimismo, la sanción se sitúa dentro del umbral inferior y, dentro de éste, en cuantía mínima, del límite de 600.000 euros.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que ENDESA ENERGÍA, SAU es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **20.000 euros (veinte mil euros)**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.