

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/031/16

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 15 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de denuncia del consumidor afectado, en el que se ponía de manifiesto, en lo que aquí importa, lo siguiente:

El día 13 de marzo de 2015, ENDESA ENERGÍA S.A.U envía una carta al consumidor en la que se incluye un impreso de domiciliación para que reciba las correspondientes facturas. En dicho impreso se señala que el pasado (sic) 13/03/2015 se solicitó la nueva contratación. En dicha comunicación le dan un plazo de veinte días para devolver firmado el citado impreso, procediéndose de lo contrario a entender que renuncia al cambio de su cuenta, de modo que las

condiciones de pago serían las anteriores a ese documento (folio 6 del expediente).

En la primera semana de abril de 2015, el consumidor recibe nueva carta de ENDESA ENERGÍA S.A.U. en la que se le da la bienvenida. La referencia del número de contrato de suministro eléctrico es [...].

El día 8 de abril de 2015 formula reclamación contra ENDESA ENERGÍA S.A.U. Dicha reclamación fue dada de alta con el número [...].

El día 28 de mayo de 2015 se procedió a dar de baja el contrato de suministro.

Posteriormente recibe a principio de junio dos facturas del contrato de electricidad que cubren el período de presunta vigencia del contrato entre el 20 de marzo y el 22 de mayo de 2015 (100,24 euros) y entre el 22 de mayo y el 28 de mayo de 2015 (45,06 euros). Contra las mismas presenta la correspondiente reclamación y ENDESA ENERGÍA S.A.U. procede a la refacturación de la segunda, suprimiendo la penalización por incumplimiento, y refiriéndose únicamente a los consumos (por importe final de 5,03 euros, en lugar de los 45,06 euros inicialmente facturados).

SEGUNDO. *Diligencias previas*

Desde la CNMC se solicitó a dicha sociedad comercializadora información sobre la reclamación indicada, la cual afecta a un domicilio particular sito en la localidad de Madrid, recibándose tras el correspondiente requerimiento comunicación con fecha de entrada 18 de septiembre de 2015 en la que se indicaba lo siguiente en lo que aquí importa:

-Que el consumidor había contratado el suministro de forma presencial. Se adjunta copia del contrato de fecha 12 de febrero de 2015.

-Que el control de calidad de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. realizó una llamada telefónica al consumidor en la que, según la empresa, el mismo contesta en sentido afirmativo sobre la entrega por el comercial del documento resumen con los productos y servicios contratados. Se aporta dicha grabación.

-Que se emitieron las correspondientes facturas, que las mismas no han sido abonadas por el consumidor y que éste dejó de ser cliente el pasado 26 de mayo de 2015 a solicitud del propio consumidor.

El 16 de octubre de 2015 se dio traslado al consumidor de lo indicado por ENDESA ENERGÍA, S.A.U., requiriéndole para que confirmara o no lo indicado por la comercializadora.

El 14 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del consumidor contestando al anterior requerimiento. En él afirma:

-Que la firma del contrato que se aporta por parte del comercializador no coincide ni remotamente con la firma propia, aportada por fotocopia del DNI.

-Que la grabación aportada no corresponde a su voz y añade que a la pregunta formulada por el servicio sobre la fecha de nacimiento, la persona que contesta afirma que nació el día 20 de diciembre de 1953 cuando la fecha real de nacimiento del consumidor es 6 de diciembre de 1972.

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 10 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, incoar expediente sancionador a ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante ENDESA) como persona jurídica presuntamente responsable del incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

En este sentido, el Acuerdo de incoación imputaba en particular, la activación sin consentimiento del consumidor, de contrato de suministro eléctrico nº [...] relativo a suministro de una vivienda particular en Madrid, situación que, indiciariamente, se habría mantenido, al menos, entre el 20 de marzo y el 26 de mayo de 2015.

El Acuerdo de incoación precalificó jurídicamente estos hechos como una presunta infracción administrativa leve tipificada en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico.

Dicho Acuerdo fue notificado a ENDESA el 18 de mayo de 2016 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

CUARTO. Alegaciones de ENDESA al acuerdo de incoación

El 23 de junio tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA S.A.U. de fecha 10 de junio de 2016. En dicho escrito, recibido en plazo, ENDESA ENERGÍA, S.A.U. manifiesta resumidamente siguiente:

- Que el día 12 de febrero de 2015 ENDESA contrató con el consumidor CUPS [...]. Dicho contrato, en su opinión, se encuentra debidamente cumplimentado y firmado.
- Que se realizó llamada de verificación porque el consumidor no disponía en su domicilio de copia del DNI.
- Que en dicha llamada de comprobación, aportada en el expediente, quien dice ser el consumidor confirma todos los datos.
- Que se insiste en que en el contrato constan datos de difícil obtención tal y como el CUPS o el número de cuenta corriente.
- Que con motivo del indicado contrato, se generó el contrato de suministro eléctrico nº [...] que estuvo en vigor desde el 20 de marzo hasta el 26 de mayo de 2015.
- ENDESA entiende que retractarse de un compromiso comercial previamente adquirido no puede interpretarse como que ENDESA diera de alta un contrato sin tener el previo consentimiento (esta afirmación literal de la imputada está subrayada en su escrito).
- Pasando a los argumentos jurídicos, el primero que defiende la imputada es que no concurre el principio de antijuridicidad porque hubo contrato válido de conformidad con el Código Civil, en particular, previo consentimiento.
- Que se realizaron «medidas extraordinarias» como es una llamada posterior en la que se confirma la contratación realizada y que ENDESA ha cumplido con su obligación contractual que es prestar el suministro.
- En segundo lugar, alega el principio constitucional de presunción de inocencia y que corresponde a esta Administración proceder a probar la inexistencia de consentimiento y la inexistencia de contrato válidamente celebrado.
- Alega ENDESA, en tercer lugar, que no hubo culpabilidad porque al recibir el contrato debidamente cumplimentado y firmado, procedió a realizar una llamada de control de calidad en la que el consumidor confirma todos los aspectos y que ello dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora, como acredita la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, que adjunta a su escrito.

- Concluye alegando que además por deferencia comercial procedió a anular las facturas y con ello supone además que el reclamante disfrutara del suministro eléctrico de manera gratuita durante la vigencia del citado contrato.

Por ello, finaliza ENDESA solicitando el archivo sobre la base de la ausencia de indicios de haber llevado a cabo mi representada cualquier tipo de conducta constitutiva de infracción administrativa.

ENDESA no adjunta ningún documento a sus alegaciones ni propone prueba alguna.

QUINTO.- Propuesta de Resolución

El 26 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 apartado 4 del artículo 66 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000 (veinte mil) 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 las que, en esencia, reiteró las realizadas al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador. En particular:

- Que ENDESA contestó al requerimiento efectuado por la CNMC en las actuaciones previas proporcionando copia del contrato cumplimentado y firmado por las partes, acompañando copia de la última factura de gas y electricidad del consumidor. Adicionalmente, para verificar la contratación

formalizada, se procedió a efectuar un control de calidad mediante una grabación en la que el denunciante «*procedía a confirmar la contratación del suministro [...]»*, añadiendo que el particular «*reconoció que era el titular del contrato antes mencionado»*, confirmando, al respecto, los datos relativos al mismo. ENDESA señala los siguientes elementos que acreditan la existencia contratación:

- Que existe un contrato de suministro firmado por las partes el 12 de febrero de 2015, en el que figura la cuenta bancaria del reclamante, así como que los recibos se cargaron sin que fuesen devueltos.
- Que ENDESA dispone de una grabación telefónica que confirma la contratación del suministro. Frente a lo que señala la propuesta de resolución, ello sería suficiente para desvirtuar la imputación. A tenor de la normativa aplicable (DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009) para acreditar la existencia de consentimiento basta “*cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del [cliente]*”. Señala ENDESA que a tal efecto dispone tanto de la mencionada grabación como de copia del contrato. En cambio, la exigencia de DNI o de factura no existe en la normativa vigente para la validez de las contrataciones.
- Que el cliente procedió al pago de la única factura emitida.
- 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 y de la grabación telefónica en la que el denunciante confirma la contratación. 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 de este procedimiento, los siguientes:

PRIMERO.- En fecha 12 de febrero de 2015 se firma un contrato de suministro de electricidad entre un supuesto consumidor y ENDESA. En lo que aquí interesa, y reconoce la propia ENDESA, en la firma de dicho contrato no se aporta copia de ningún documento de identificación del cliente, por tanto, no constaba nada más que la factura del suministro de electricidad con su anterior comercializador.

A la vista de la fotocopia del DNI que consta en el expediente, queda probado que la fecha de nacimiento del consumidor que figura en el contrato es distinta a la fecha de nacimiento que consta en el DNI, concretamente en el contrato consta como fecha de nacimiento el 20 de diciembre de 1953 y en el DNI la de 6 de diciembre de 1972. Igualmente la firma es muy diferente a la del Documento Oficial de Identidad.

Ese mismo día se procede, por parte de ENDESA, a realizar una grabación telefónica en la que básicamente se pone en contacto con el supuesto consumidor para confirmar la contratación. En la misma se puede comprobar que la persona que contesta, siempre con monosílabos a las preguntas, contesta afirmativamente cuando se le pregunta si ha nacido el día 20 de diciembre de 1953.

SEGUNDO.- El día 13 de marzo de 2015 el consumidor recibe una carta de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. en la que se le incluye un impreso de confirmación de la domiciliación bancaria para poder iniciar el cobro de las facturas correspondientes según había solicitado el pasado «día 13 de marzo de 2015», es decir, el mismo día (folio 5 del expediente). Este hecho probado no ha sido discutido por ENDESA en sus alegaciones.

TERCERO.- ENDESA procedió a la generación de un contrato de suministro de electricidad n°[...] que estuvo vigente entre los días 20 de marzo de 2015 y 26 de mayo de 2015. El mismo generó dos facturas por importe total de 145,30 € que no fueron abonadas por el consumidor ni reclamadas por la mercantil por «deferencia comercial» a la vista del requerimiento de información por parte de esta Comisión.

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.

Efectivamente, 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. Asimismo, realizar las facturaciones...*».

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. 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.

Es evidente que en el presente caso, ENDESA, dio por cierta la identidad del consumidor a pesar de que no obraba en su poder ningún documento oficial – carecía de copia del DNI para comprobar los datos o incluso de una foto del DNI que podía haber tomado el comercial con su móvil- y que el contrato contenía una inexactitud básica y fácilmente comprobable como era una fecha de nacimiento muy diferente a la del DNI y una firma muy diferente a la del indicado documento. La llamada de control –medida para comprobar la identidad del sujeto- se llevó a cabo basándose igualmente solo en los datos que obraban en el contrato y sin disponer de medio alguno, objetivo que le permitiera identificar debidamente al consumidor. Y no deja de sorprender que una persona conteste

a la pregunta de si nació en un determinado día que no coincide ni remotamente con su fecha real de nacimiento, con un rotundo sí. Resulta difícil de imaginar tal circunstancia

Por ello, no puede acogerse la alegación principal de ENDESA en este punto, a saber, que no hay ningún hecho antijurídico porque existe un contrato válidamente firmado con el citado consumidor y que se comprobó su identidad y voluntad con la llamada de control. La indicada llamada de control no acreditó realmente nada, como pone de manifiesto la errónea contestación sobre la fecha de nacimiento. Con esta situación de hecho, no parece necesario reiterar los argumentos sobre la falta de verificación de la identidad que no se ve resuelta por la llamada de control, sino todo lo contrario.

Igualmente tampoco puede acogerse que no se haya probado la comisión de la infracción. En el presente procedimiento debe determinarse si la comercializadora cumplió con su obligación de asegurar la libertad del consumidor de elegir suministrador en su vertiente de pleno cumplimiento de los requisitos de la contratación. Y está probado, pues resulta evidente de la documentación obrante en el expediente administrativo, que ENDESA no cumplió con dicha obligación porque activó un contrato en el que un dato tan relevante y fácilmente comprobable como la fecha de nacimiento del titular era simple y sencillamente errónea. El tipo infractor concurre, pues, cuando no se ha cumplido con los requisitos de contratación, entre los cuales está asegurarse de la identidad de la persona con la que se contrata y ello ha sido claramente demostrado.

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.

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 insinúa que así sería. La denuncia presentada ante la CNMC incluye una detallada narración de hechos de absoluta verosimilitud. En particular, la firma del reclamante no coincide con la que figura

en el contrato, la fecha de nacimiento del denunciante no coincide con la que figura en el contrato, y el supuesto contratante erró manifestamente al contestar a la pregunta sobre su fecha de nacimiento en la grabación aportada. Frente a ello, ENDESA, sin desmentir esos hechos, se acoge únicamente a la existencia de la contratación efectuada por la empresa que actuó como agente comercial en vista de los mencionados contrato y grabación. En contra de lo que señala ENDESA, no cabe excluir su responsabilidad por el hecho de que el consumidor haya abonado una factura. La propia denuncia señala el temor del consumidor a ser incluido en un fichero de morosos (folio 3), lo cual proporciona una explicación razonable sobre los motivos del pago que no excluye la responsabilidad de ENDESA. 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 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 no fueron aplicados adecuadamente en este caso por ENDESA, y ello constituye la negligencia punible en este procedimiento:

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo e 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.

Alega ENDESA que no hubo culpabilidad porque al recibir el contrato debidamente cumplimentado y firmado, «procedió a realizar una llamada de control de calidad en la que el consumidor confirma todos los aspectos y que ello dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora».

En primer lugar, y hay que insistir en ello, la llamada de control se limita a preguntar los datos que figuran en el contrato y en la documentación anexa en el que no constaba documento oficial de identificación alguno, es decir, que si había algún dato incorrecto o directamente falso, era imposible que la llamada de control pudiera advertirlo. Con este punto de partida, es fácil entender que esta llamada por sí misma no prueba la falta de negligencia, bien al contrario, la reafirma porque al carecer de cualquier tipo de contraste era ineficaz para ejercer la labor que estaba supuestamente llamada a hacer, es decir el control de la actividad comercial. Control supone oposición, contraste, plena verificación y supervisión, no una serie de preguntas formularias que pueden ser contestadas por cualquier persona que tuviera el contrato en la mano. Lo que resulta más llamativo de este proceso, cuando no manifiestamente absurdo es que una persona conteste que ha nacido un día que no es y que coincide —curiosamente— con el que aparece exclusivamente en el documento contractual. La apariencia de veracidad queda así plenamente destruida

Pero es que tampoco reaccionó ENDESA cuando llegó la reclamación del consumidor, porque ésta le hubiera permitido al servicio de reclamaciones comprobar con bastante facilidad, tan simple como contrastar el dato del DNI con el del contrato, que se había producido una vulneración de los requisitos de contratación, en particular, la correcta identificación del consumidor.

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

De acuerdo con el artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción leve es la imposición de una multa de hasta 600.000 de euros.

El artículo 67.4 de esta Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico determina las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la graduación de las sanciones:

- «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 probabilidad de la infracción».

La propuesta de resolución señaló, con respecto a estas circunstancias, que la conducta de ENDESA no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente, ni la existencia de perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro. Asimismo, indicó que la comisión de la infracción tampoco puede considerarse intencionada o dolosa. Por otra parte, tuvo en cuenta que el caso afecta exclusivamente a un único consumidor, siendo la cuantía de la energía facturada pequeña -145,30 euros- y que ENDESA renunció a cobrarla antes del inicio del presente expediente sancionador, sin que fuese necesario proponer otro tipo de medidas, como la prevista en el artículo 69.1 a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de restitución de las cosas al estado natural anterior al inicio de la actuación infractora. En virtud de lo anterior, se propuso sancionar a ENDESA con una multa de 20.000 (veinte mil) euros; importe de sanción dentro del umbral inferior y, dentro de éste, en cuantía mínima, del límite de 600.000 euros que señala la Ley para las infracciones leves (y, asimismo, notoriamente inferior al 10% del importe neto de la cifra de negocio del sujeto infractor).

ENDESA ha alegado que esa 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, se tuvieron en cuenta las circunstancias del artículo 67.4 para imponer una multa de cuantía mínima, que está en el umbral inferior de las infracciones leves. A ello habría que añadir que una compañía como ENDESA está obligada a aplicar medidas estrictas de control del consentimiento prestado por los supuestos clientes que contraten con ella. Por otro lado, se tuvo en cuenta la reparación del daño que si bien no se produjo de forma inmediata, se hizo, al menos, con anterioridad al inicio del presente expediente sancionador. Finalmente, cabe señalar 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.

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.