

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 11 DE MAYO DE 2018 A LA EMPRESA COMERCIALIZADORA ENDESA ENERGÍA, S.A. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES.

SNC/DE/171/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 3 de octubre de 2018

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba el siguiente acuerdo:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Denuncia presentada ante la CNMC

El 28 de junio de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de [...], en representación de Doña [...], por el que denuncia un cambio del suministrador de electricidad y gas natural sin su consentimiento.

En concreto señala que «En fecha 01-09-2016 la Sra. [...] arrendó durante el curso académico dicha vivienda a tres estudiantes [...]. En ningún caso la Sra. [...] autorizó a los mismos ni para poder dar de baja los suministros contratados ni para poder realizar ningún contrato en su nombre».

Los datos del punto de suministro de electricidad y gas natural afectado por el cambio de comercializador son los siguientes:

Titular: [...]

Dirección: [...].
CUPS gas: [...]
CUPS electricidad: [...].

SEGUNDO. Información previa

El 5 de julio de 2017, con base en la reclamación presentada, el Director de Energía, en ejercicio de las funciones de instrucción de expedientes que le atribuye el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), en el ámbito de las competencias de la CNMC de supervisión y control de los sectores energéticos, procedió a dictar acuerdo de apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso.

Ese mismo día se requirió a ENDESA ENERGÍA, S.A. para que, en el plazo de diez días hábiles, aportara la documentación que estimase conveniente en relación con los hechos que se describen en la denuncia y, en particular, los documentos contractuales u otra acreditación del consentimiento expreso del consumidor.

Con fecha 21 de julio de 2017 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión la contestación al requerimiento de información, en la que ENDESA ENERGÍA, S.A. expone que en fecha 28 de abril de 2017 Don [...], en calidad de cónyuge de Doña [...], contrató el suministro de gas natural, el servicio de mantenimiento de gas, el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento de electricidad.

Al escrito adjuntó, entre otra documentación, copia del contrato suscrito y grabación telefónica correspondiente al control de calidad realizado.

El 11 de agosto de 2017 la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la CNMC emitió un documento en el que consta que, en la correspondiente grabación telefónica, en tres ocasiones ENDESA ENERGÍA, S.A. preguntó si Don [...] es el cónyuge de la titular del contrato y contesta que sí en todas ellas. Se señala también que según consta en la copia del DNI que acompaña a la reclamación, Doña [...] es una persona mayor nacida el 8 de junio de 1936 (81 años) [según obra al folio 6, el año de nacimiento es 1935]; por otro lado, el firmante como cónyuge Don [...] es nacido el 25 de marzo de 1997 (20 años), siendo éste, como se decía en la denuncia, uno de los estudiantes que arrendó el piso y no el cónyuge de la titular de los respectivos contratos de suministro de electricidad y gas natural.

TERCERO. Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 11 de mayo de 2018 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 CNMC (Ley 3/2013) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGIA S.A., por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Los hechos que motivaron la incoación del presente procedimiento radican en el presunto cambio de comercializador a favor de ENDESA ENERGÍA, S.A. de los contratos de suministro de electricidad y gas natural sin consentimiento de su titular, según resulta de los antecedentes que constaban en el acuerdo de incoación.

Esta conducta, sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción del procedimiento, podría ser considerada como una infracción leve establecida en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico, «El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes» y una infracción leve establecida en el artículo 111.d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en los mismos términos.

El acuerdo de incoación fue notificado el 29 de mayo de 2018 a ENDESA ENERGÍA, S.A., la cual, mediante escrito de misma fecha, solicitó ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue denegada en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

CUARTO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA

Con fecha 12 de junio de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGIA S.A., en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Con relación a los hechos, manifiesta que «en fecha 28/04/2017, D. [...], con DNI [...], quien se identificó como cónyuge de D^a [...], contrató en nombre de ésta, como titular del suministro, entre otros, el suministro de electricidad y de gas natural con Endesa Energía, S.A.U. para la citada dirección de suministro». Al respecto señala que «en los folios nº 25 y 26 del expediente administrativo consta la copia del citado contrato debidamente cumplimentado y firmado por el Sr. [...] en calidad de cónyuge. [...] Asimismo, en los Folios nº 32 y 35 del Expediente consta el anexo de precios y la tarjeta resumen de los productos y servicios contratados entregados al Sr. [...] en el momento de la contratación y firmados por el mismo, de nuevo, en calidad de cónyuge». Con carácter adicional y en relación con la llamada de verificación implementada como procedimiento de control de calidad, alega que «se aportó en formato CD la grabación telefónica correspondiente [...] a efectos de verificar los datos contenidos en el mismo [...] según la cual D. [...], identificándose hasta en 3

ocasiones como cónyuge de D^a [...], vino a confirmar la contratación efectuada. Del mismo modo, en el transcurso de dicha llamada, habiendo sido preguntado si le fue entregado por el comercial un documento con los productos y servicios contratados, el Sr. [...] contestó en sentido afirmativo». Por último, señala que «la información de la fecha de nacimiento de D^a [...] no se ha conocido hasta la fecha del acuerdo de inicio».

- Sobre «la vulneración del principio básico de antijuricidad», alega que «en relación a la suscripción de un contrato por un cónyuge en el que consta como parte el otro por ser quien figura como titular de la instalación en el punto de suministro, debe interpretarse como válida a todos los efectos». Añade que «la CNMC no parece cuestionar la validez de la contratación por el hecho de que quien firmara no fuera la propia titular, sino porque a la vista de la fecha de nacimiento de la Sra. [...] [...] deducen que quien dijo ser su cónyuge (el Sr. [...]) no puede serlo por edad, en tanto éste tiene 20 años [...] y aquella 81, concluyendo que el Sr. [...] no puede ser más que “uno de los estudiantes que arrendó el piso” de la Sra. [...] tal y como manifestó en su denuncia. [...] aun cuando quedase plenamente acreditada la ausencia de vínculo matrimonial entre la Sra. [...] y el Sr. [...] (no siendo la diferencia de edad un motivo suficiente por el que debiera dudarse del mismo), así como la existencia de un contrato de arrendamiento entre ambos respecto a la vivienda para la que se contrataron los suministros, es evidente que mi representada actuó bajo una clara apariencia de veracidad y que en ningún caso pudo tener motivos para dudar en el momento de la contratación, máxime si tenemos en cuenta que no conocía la fecha de nacimiento de D^a [...] hasta el Acuerdo de inicio». Al respecto concluye que «es clara la inexistencia de hechos que permitan concluir que Endesa Energía ha cometido las infracciones previstas en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 y en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998».
- En relación con la «vulneración del principio básico de culpabilidad», ENDESA ENERGÍA, S.A. alega sobre las circunstancias de la contratación, sosteniendo su «clara 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, porque no tenía motivos para dudar de ello, de que la persona que firmó y perfeccionó el contrato era quien decía ser (cónyuge de la Sra. [...]), identificándose como tal en diversas ocasiones». Así mismo añade que «es evidente la diligencia y la buena fe de mi representada que, pese a disponer de los contratos de suministro de luz y gas natural debidamente cumplimentados con todos los datos de la interesada y firma de quien se identificó como su cónyuge [...] por exclusiva deferencia comercial, se informó a la misma de que se procedió a anular las facturas emitidas durante la vigencia de los contratos y a no requerir el pago de las mismas».

- Sobre la «vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia», señala que «corresponde a la Administración probar la inexistencia de consentimiento o incumplimiento de los requisitos de contratación y en consecuencia la inexistencia de contrato válidamente celebrado».

ENDESA ENERGÍA, S.A. solicita la apertura del procedimiento a prueba, para lo cual propone «aportación por la reclamante de copia del contrato de arrendamiento suscrito entre Dña. [...] y D. [...], como parte arrendadora y arrendataria, respectivamente, para la vivienda sita en C/ [...] de Valencia, a efectos de verificar lo puesto de manifiesto en su denuncia».

ENDESA ENERGÍA, S.A. concluye 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

Con fecha 2 de julio de 2018 el Director de Energía formuló propuesta de resolución en el presente procedimiento, en la cual propuso la imposición de sendas sanciones por infracción leve, en los siguientes términos:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Director 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. es responsable de la comisión 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, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad.

SEGUNDO. Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros por la comisión de la anterior infracción.

TERCERO. Declare que la empresa ENDESA ENERGIA S.A. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de gas natural.

CUARTO. Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros por la comisión de la anterior infracción.

El fundamento jurídico tercero de la propuesta de resolución señaló los motivos por los que procedía denegar la prueba solicitada por ENDESA ENERGÍA consistente en que se trajese al expediente copia del contrato de arrendamiento suscrito con el firmante del contrato. La propuesta razonó dicha denegación en los siguientes términos: «no ha sido preciso aportar al expediente una copia del supuesto contrato de arrendamiento, según interesaba ENDESA ENERGÍA, S.A. en su proposición de prueba (folio 99) de modo que, atendiendo a lo establecido en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, procede rechazar la práctica de dicha prueba al resultar manifiestamente innecesaria, más allá de la mera consideración indiciaria derivada del contenido de la denuncia presentada por D^a [...] en representación de D^a [...], según queda motivado».

Asimismo, se comunicó a la interesada que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.2 de la Ley 39/2015, disponía de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes; y a su vez, se informó lo previsto por el artículo 85 de la misma Ley (folios 129 y 130).

La propuesta de resolución fue notificada electrónicamente con fecha 12 de julio de 2018 (folio 124).

SEXTO. Alegaciones de la interesada en el trámite de audiencia

Por escrito de 27 de julio de 2018 ENDESA ENERGÍA efectuó alegaciones a la propuesta de resolución del Director de Energía en las que, en síntesis, manifestó lo siguiente:

- Que ENDESA ENERGÍA procedió a realizar un control de calidad de la contratación efectuada mediante una grabación. «En dicha grabación el Sr. [...] procedía a confirmar la contratación del suministro eléctrico y de gas natural. D. [...] reconoció y manifestó hasta en 3 ocasiones ser el cónyuge de la titular del contrato antes mencionado, lo que se corroboró mediante la confirmación de la fecha del contrato y la aseveración de haberlo suscrito a través de un comercial a quien proporcionó todos los datos personales de la titular, incluido el número de cuenta corriente, y haber sido informado por este de las condiciones del mismo»
- Que ENDESA ENERGÍA procedió a dar de alta el contrato en vista de que disponía de la siguiente documentación que lo legitimaba: contrato de suministro firmado por las partes el 27 de abril de 2017, copia del DNI y «grabación de la conversación telefónica en la que el Sr. [...] viene a

confirmar la contratación del suministro de luz y de gas natural, y su condición de cónyuge de la denunciante». Con relación a la ausencia de parentesco entre el firmante y la titular del contrato, ENDESA afirma que «la Comisión dice llegar a tal conclusión tomando como base las manifestaciones realizadas en el escrito de denuncia cuando, entre la misma, no se pone en entredicho la existencia de vínculo conyugal con el Sr. [...]». Concluye ENDESA ENERGÍA que «la Administración realiza valoraciones del todo subjetivas que pasan por primar cualquier manifestación realizada por los consumidores», vulnerándose con ello el principio de objetividad previsto en el artículo 3 de la Ley 40/2015.

- Que no concurre en la conducta de ENDESA ENERGÍA el principio de culpabilidad. Dicho principio exige un elemento subjetivo en la conducta de la imputada, ya sea a título de dolo ya de culpa. La ausencia de culpa se debería a la apariencia de veracidad de la contratación efectuada.

Con base en lo anterior solicita ENDESA ENERGÍA que se «declare el archivo de las actuaciones sobre la base de la ausencia de indicios de haber llevado a cabo mi representada cualquier tipo de conducta constitutiva de infracción administrativa».

SÉPTIMO. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de 30 de julio de 2018, el Director de Energía de la CNMC remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de RESOLUCIÓN junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 137).

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 ha emitido 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 dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia [...], titularidad de Doña [...], con dirección de suministro calle [...] Valencia y CUPS [...], sin su consentimiento.

Este hecho resulta probado:

1. Por la existencia de un contrato de suministro de electricidad firmado por D. [...] en fecha 28 de abril de 2017 (folios 25 y 26 del expediente) en condición de cónyuge de la persona titular del contrato, cuando no concurre tal circunstancia de parentesco civil.
2. Por las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 12 de junio de 2018, en las que sostiene reiteradamente que D. [...] se identificó tanto en el acto de la firma del contrato como en la posterior llamada de verificación como cónyuge de la persona titular del contrato de suministro de electricidad, cuando no concurre esa circunstancia de parentesco civil. ENDESA ENERGÍA, S.A. se refiere en concreto a la siguiente documentación aportada al expediente:
 - Folios 25 y 26: contrato firmado por D. [...].
 - Folios 28 a 34: copias de facturas de las anteriores comercializadoras de gas natural (GAS NATURAL SUR SDG, S.A.) y electricidad (IBERDROLA CLIENTES, S.A.), con las que la titular Doña [...] tenía contratados los respectivos suministros, así como copia del Documento Nacional de Identidad de D. [...].
 - Folio 27: grabación telefónica correspondiente al control de calidad.

SEGUNDO. ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el contrato de suministro de gas natural de su referencia [...], titularidad de Doña [...], con dirección de suministro calle [...] de Valencia y CUPS [...], sin su consentimiento.

Este hecho resulta probado:

1. Por la existencia de un contrato de suministro de gas natural firmado por D. [...] en fecha 28 de abril de 2017 (folios 25 y 26 del expediente) en condición de cónyuge de la persona titular del contrato, cuando no concurre tal circunstancia de parentesco civil.
2. Por las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 12 de junio de 2018, en las que sostiene reiteradamente que D. [...] se identificó tanto en el acto de la firma del contrato como en la posterior llamada de verificación como cónyuge de la persona titular del contrato de suministro de gas natural, cuando no concurre esa circunstancia de parentesco civil. ENDESA ENERGÍA, S.A. se refiere en concreto a la siguiente documentación aportada al expediente:
 - Folios 25 y 26: contrato firmado por D. [...].

- Folios 28 a 34: copias de facturas de las anteriores comercializadoras de gas natural (GAS NATURAL SUR SDG, S.A.) y electricidad (IBERDROLA CLIENTES, S.A.), con las que la titular Doña [...] tenía contratados los respectivos suministros, así como copia del Documento Nacional de Identidad de D. [...].
- Folio 27: grabación telefónica correspondiente al control de calidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

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 del Sector Eléctrico, corresponde a «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, [...] imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes: a) [...]. b) [...]. c) Las tipificadas como leves en los párrafos 1, 2, 3, 4, y 5 del artículo 66».

Así mismo y según lo establecido en el artículo 116.3.c) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, corresponde a esta Comisión la competencia para imponer las sanciones correspondientes a la infracción leve tipificada, entre otras, en su artículo 111 párrafo d).

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título VI de la Ley 34/1998 y en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013. Los artículos 79 de la Ley 24/2013 y 115.2 de la Ley 34/1998 disponen un plazo de nueve meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados

El artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico tipifica como infracción leve «El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes».

A su vez, el artículo 111 párrafo d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos tipifica como infracción leve «El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes».

De forma común a ambos sectores de electricidad y gas natural, cumple señalar que resulta 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 contratante; exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente.

Efectivamente, el artículo 46 de la Ley del Sector Eléctrico 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 Ley del Sector de Hidrocarburos recoge en su artículo 57 bis b) el derecho del consumidor a elegir el suministrador para la compra de gas natural, y en su letra e) 5º el derecho a tener un contrato con el comercializador en el que se especifique la duración del contrato, las condiciones para la renovación y la rescisión de los servicios y del contrato y, cuando esté permitido, el desistimiento del contrato sin costes.

La mención por la Ley 24/2013 y la Ley 34/1998 de la obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores pone de manifiesto que es el comercializador el titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, a él corresponde comprobar la identidad y la voluntaria, correcta e informada prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro.

En los hechos probados de la presente resolución consta acreditado que ENDESA ENERGÍA, S.A. no obtuvo el preceptivo consentimiento de la titular del respectivo contrato de suministro, Doña [...]. Ello, conociendo ENDESA ENERGÍA, S.A. que dicha persona era la titular de los contratos de suministro preexistentes (folios 28 a 31 del expediente) y, por tanto, que era quién debía manifestar su consentimiento para llevar a cabo el cambio de empresa comercializadora.

Al respecto y como punto de partida, ha de señalarse que cabe estimar la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A. (folio 22 del expediente) de fecha 21 de julio de 2017, en relación con la aceptación en general de que el contrato de suministro pueda ser suscrito por el cónyuge del titular, tal y como esta Comisión ha venido aplicando.

Sin embargo, lo crucial en el presente caso es que la persona que firma el contrato no es el cónyuge de la persona titular del suministro, circunstancia que evidentemente vicia la pretensión de consentimiento otorgado. En consecuencia, no puede aceptarse en absoluto que doña [...] diese en momento alguno su consentimiento –por sí o a través de su cónyuge- para la contratación de los suministros de electricidad y gas natural con la nueva empresa comercializadora, incurriendo ésta con su conducta en las infracciones leves tipificadas en las leyes sectoriales ya citadas, al incumplir un requisito esencial de contratación con los clientes.

Es preciso detenerse aquí en la consideración de la supuesta relación civil matrimonial existente entre Doña [...] y Don [...], por cuanto ENDESA ENERGÍA, S.A. ha invocado la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, en cuanto en el presente caso «corresponde a la Administración probar la inexistencia de consentimiento o incumplimiento de los requisitos de contratación y en consecuencia la inexistencia de contrato válidamente celebrado».

El argumento de defensa de ENDESA ENERGÍA, S.A. está planteado en frontal oposición a lo que realmente sucede. Es decir que, dado que esa comercializadora basa la existencia de consentimiento contractual en el hecho de que D. [...] manifiesta ser el cónyuge de D^a. [...], corresponde obviamente a ENDESA ENERGÍA, S.A. probar tal relación civil de parentesco, llegado el caso -como aquí sucede- de que la propia titular del contrato no sostiene la misma. En este sentido ENDESA ENERGÍA, S.A. debe entender que, si acepta sustituir el consentimiento expreso del titular del contrato por el manifestado por su supuesto cónyuge, asume también la ineludible responsabilidad de comprobar el vínculo civil existente entre ambos si, en hipótesis, el titular del contrato de suministro energético no asume posteriormente tal relación de parentesco.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y a efectos meramente discursivos, se estima que ni tan siquiera habría resultado necesario aportar al expediente prueba de la inexistencia de vínculo matrimonial entre ambas personas -como parece pretender ENDESA ENERGÍA, S.A. en sus alegaciones de 12 de junio de 2018-, atendiendo a los indicios existentes al respecto. A saber:

- Por el contenido de la denuncia presentada, en la que en todo momento se refiere a D. [...] como arrendatario de la vivienda y en ningún caso como supuesto cónyuge de la titular denunciante.

- Por la diferencia de edad existente entre ambas personas (61 años) en cuanto, si bien no constituye *per se* un óbice insoslayable a la posibilidad de la existencia de un vínculo matrimonial, sí supone una evidencia de duda razonable comúnmente aceptada.
- Por el contenido de la llamada de verificación de control de calidad aportada por ENDESA ENERGÍA, S.A. (folio 27 del expediente), a partir de cuyo segundo 0:26 la agente comercial requiere a su interlocutor (D. [...]) para que le indique el nombre y apellidos de la titular del contrato, a lo que contesta (segundo 0:31 y siguientes) literalmente lo siguiente: «eh, eh, [...]...., no está, pero..., es [...]»; de inmediato, la agente comercial le pregunta por el segundo apellido de la titular, a lo que el interlocutor de la llamada contesta literalmente (segundo 0:39 y siguientes) «[...], lo tengo aquí en un papel»; y ante esta contestación, la agente comercial pregunta al interlocutor «vale pero, ¿es su mujer?», a cuya pregunta el interlocutor contesta «sí, sí». El contenido de la conversación transcrita revela un indicio más que razonable sobre la inexistencia de vínculo matrimonial entre el interlocutor de la llamada y la titular del contrato de suministro, como la propia agente verificadora de ENDESA ENERGÍA, S.A. manifiesta con la última de sus preguntas aquí recogidas; indicio sostenido sobre la evidencia de que habitualmente ninguna persona necesita consultar un papel para decir el nombre y apellidos de su cónyuge.

Así mismo, este razonamiento de tipificación no se ve perjudicado por la eventual relación arrendaticia que pudiera unir a ambas personas ([...]), dado que la relación invocada por éste en la suscripción del contrato y posterior llamada de verificación es precisamente la de cónyuge y no la de arrendatario, tal y como alega reiteradamente la propia ENDESA ENERGÍA, S.A. en su escrito de 12 de junio de 2018.

Por esta razón, no se considera de relevancia alguna a los efectos de la presente resolución la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A. relativa -sensu contrario- a que «el Sr. [...] no puede ser más que “uno de los estudiantes que arrendó el piso” de la Sra. [...] tal y como ésta manifestó en su denuncia. Así pues, la Comisión parece llegar a esta conclusión basándose únicamente en las manifestaciones de la reclamante, en tanto, salvo error por esta parte, dicho contrato de arrendamiento no figura en el Expediente Administrativo y, por tanto, no consta acreditada la relación arrendaticia existente entre la Sra. [...] y el Sr. [...] a la que se apela».

Por ello, la propuesta de resolución denegó la prueba solicitada por ENDESA ENERGÍA, S.A. consistente en que se aporte al expediente una copia del supuesto contrato de arrendamiento (folio 99), la cual se denegó con base en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, al resultar manifiestamente innecesaria.

Las consideraciones efectuadas llevan asimismo a rechazar las alegaciones efectuadas por ENDESA ENERGÍA, S.A. en su escrito de 27 de julio de 2018, presentado en el trámite de audiencia, en el cual reitera, en esencia, las alegaciones al acuerdo de incoación. En particular, debe desestimarse lo alegado por ENDESA ENERGÍA, S.A. acerca de la supuesta veracidad de la contratación fundamentada en la existencia de un contrato de suministro de 27 de abril de 2017, copia del DNI del firmante y una grabación con el mismo en la que éste confirma la condición de cónyuge de la titular del contrato. Los indicios puestos de manifiesto, que acreditan más allá de toda duda razonable que el firmante del contrato no era el cónyuge de la titular del contrato, llevan a concluir que concurre en la conducta de ENDESA ENERGÍA un elemento subjetivo a título de negligencia culposa, en contra de lo afirmado por dicha empresa, y según se razona asimismo en el siguiente fundamento. A diferencia de lo que señala ENDESA ENERGÍA, no se vulnera con la apreciación de tales indicios principio de objetividad alguna, ni tampoco se vulnera el principio de presunción de inocencia. Como se ha indicado, tales indicios acreditan la veracidad de la denuncia más allá de toda duda razonable.

En conclusión, procede rechazar el conjunto de alegaciones presentadas por ENDESA ENERGÍA, S.A. relativas a la no concurrencia del principio de antijuridicidad y ausencia de culpabilidad en su actuación, existiendo una conducta de ENDESA ENERGÍA, S.A. típica de las infracciones leves recogidas en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico y en el artículo 111 d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos; en concreto, del incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación, al haberse suscrito el contrato de suministro de electricidad y gas sin consentimiento de la persona titular del contrato.

TERCERO. Culpabilidad

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 pasivo al que se impute su comisión. 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 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual «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».

Este precepto 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» (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).

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 enero 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 destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44 c) de la Ley del Sector Eléctrico y artículo 57 bis e) 1º de la Ley del Sector de Hidrocarburos). La obligación del comercializador, 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.

En consecuencia, la primera de las garantías que incumbe a una empresa comercializadora a la hora de contratar con un consumidor es asegurarse contar con el consentimiento de éste, en cuanto titular del contrato de suministro que se suscribe.

Como ya ha quedado expresado, está aceptado que el consentimiento del titular del contrato puede ser manifestado por su cónyuge, por supuesto siempre que concurren una serie de requisitos al respecto, el primero de los cuales obviamente es que la persona que manifiesta ser cónyuge del titular, lo sea realmente.

En el presente caso concurre la circunstancia de que la persona que manifestó reiteradamente ser el cónyuge de la titular de los contratos de suministro en realidad no lo es, de modo que se produjo automáticamente un vicio por inexistencia de consentimiento del consumidor titular del suministro, como ha quedado motivado en el fundamento precedente.

Tal circunstancia concurrente, suficientemente constatada, constituye como a continuación se motiva una negligencia punible de ENDESA ENERGÍA, S.A., expresada a título de culpa en la falta de diligencia que es exigible a una empresa comercializadora, a la hora de dar por sentada la existencia del debido consentimiento del titular del contrato suscrito.

Alega al respecto ENDESA ENERGÍA, S.A. en sus alegaciones al acuerdo de inicio que «se ha aportado por esta entidad, entre otros documentos, copia del contrato debidamente cumplimentado, y firmado de quien se identificó como cónyuge del titular en el momento de la contratación. A mayor abundamiento, mi representada al recibir el contrato debidamente cumplimentado y firmado, procedió a realizar una llamada de control de calidad para verificar la contratación formalizada. En dicha grabación el Sr. [...] confirma la contratación del suministro eléctrico y de gas natural, entre otros productos. En el transcurso de dicha llamada la operadora le pregunta hasta en 3 ocasiones si firmó el contrato como cónyuge, procediendo el reclamante a contestar en sentido afirmativo a las preguntas efectuadas y a confirmar dicha contratación». Dichas alegaciones se han reiterado en el escrito de 27 de julio de 2018.

Pues bien, la empresa comercializadora asume la responsabilidad de que el consentimiento manifestado por una persona que dice ser el cónyuge de la persona titular del contrato realmente lo sea, correspondiendo a la debida diligencia de esa comercializadora valorar el resultado de las oportunas tareas de verificación del consentimiento así manifestado, tanto en el momento de la firma como posteriormente, o bien la de encajar las eventuales consecuencias de que la relación civil manifestada por el firmante no sea cierta.

En el presente caso, ENDESA ENERGÍA, S.A. aceptó plenamente la condición del firmante del contrato de ser el cónyuge de la persona titular del suministro en el momento de la firma, sin que conste que llevase a cabo en dicho momento tarea de comprobación alguna, tal y como exige una adecuada diligencia de una empresa comercializadora.

Posteriormente concurre una única actuación de verificación, en la que se pone de manifiesto una nueva falta de diligencia por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., en este caso valorativa respecto de la condición de cónyuge del firmante del contrato.

En efecto, como ya se ha indicado, en la llamada de verificación realizada por ENDESA ENERGÍA, S.A. a la persona firmante del contrato (D. [...]), como supuesto cónyuge de la persona titular del suministro (D^a. [...]), consta una actuación de comprobación en la que la operadora de ENDESA ENERGÍA, S.A. requiere al interlocutor el nombre y apellidos de su cónyuge titular del contrato, resultando que el interlocutor necesita consultar un papel para contestar ese dato; hecho que llama la atención de la operadora, al punto de reiterar la pregunta de si es el cónyuge de la titular del contrato, bastando de nuevo la mera afirmación «sí, sí» del interlocutor, sin comprobación adicional alguna.

Se manifiesta así una doble falta de diligencia por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A. a la hora de verificar la condición de cónyuge del firmante del contrato, tanto en el momento de la firma del documento (en el que el agente comercial de ENDESA ENERGÍA, S.A. no lleva a cabo comprobación alguna más allá de la manifestación del firmante) como en la llamada de control posterior, conforme ha quedado expresado.

Concurre, pues, una negligencia culpable en la actuación de ENDESA ENERGÍA, S.A., puesta de manifiesto en la falta de diligencia que es exigible a una empresa comercializadora de electricidad y gas natural a la hora de comprobar el consentimiento manifestado por el titular del contrato de suministro, bien de forma directa o a través de su supuesto cónyuge, como es el presente caso. Procede, en consecuencia, rechazar la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A., en cuanto argumenta que la contratación en cuestión está dotada «de una clara 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, porque no tenía motivos para dudar de ello, de que la persona que firmó y perfeccionó el contrato era quien decía ser (cónyuge de la Sra. [...]), identificándose como tal en diversas ocasiones».

CUARTO. Sanciones aplicables a las infracciones leves cometidas

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve; 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 probabilidad de la infracción».

Por su parte, el artículo 113.1 c) de la Ley 34/1998 prevé una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve, si bien indica que la sanción no podrá superar el 1% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, para este caso. Así mismo, el artículo 112 de esta Ley 34/1998 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción y que resultan ser coincidentes con las mencionadas del artículo 67 de la Ley del Sector Eléctrico, a excepción de las dos últimas contempladas en éste.

No concurre ninguna de las circunstancias determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, inexistente beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema eléctrico, no contemplado en gas natural.

Igualmente ha de tenerse presente que la actuación en cuestión se refiere a un contrato individualmente considerado, que dicho contrato ha sido aportado con independencia de la ausencia de consentimiento de su titular puesta de manifiesto por la actuación negligente de ENDESA ENERGÍA, S.A. y que, con ocasión de la reclamación presentada, afirma en sus alegaciones de 12 de junio de 2018 que procedió a anular las facturas emitidas durante la vigencia de los contratos y a no requerir el pago de las mismas.

La propuesta de resolución señaló que no se consideraba necesario recabar el importe neto anual de la cifra de negocios de ENDESA ENERGÍA, S.A., puesto que se considera que el importe de multas que se propone queda obviamente por debajo del porcentaje señalado, «sin perjuicio de la alegación que, de contrario, se pudiera presentar», sin que ENDESA ENERGÍA haya efectuado manifestaciones al respecto en sus alegaciones posteriores de 27 de julio de 2018. En cualquier caso, dicho importe debe considerarse en relación con la cuantía de las multas propuestas, de modo que la misma queda comprendida en el 10% del tramo inferior del importe máximo legalmente señalado.

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras -según se ha desarrollado en anteriores fundamentos de esta resolución- y la comisión de la infracción por una culpa negligente pero no dolosa de la infractora, se impone una multa de veinte mil (20.000) euros para cada una de las infracciones leves cometidas, al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ENDESA ENERGIA S.A. es responsable de la comisión 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, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad.

SEGUNDO. Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros por la comisión de la anterior infracción.

TERCERO. Declarar que la empresa ENDESA ENERGIA S.A. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de gas natural.

CUARTO. Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros por la comisión de la anterior infracción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.