

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 4 DE JUNIO 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/047/18

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 10 de octubre de 2018

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 el siguiente acuerdo:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Denuncia presentada ante la CNMC

Con fecha 29 de diciembre de 2016 D^a [...] presentó reclamación ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias denunciando un cambio de comercializador sin consentimiento.

La citada Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento, con fecha 2 de febrero de 2017 y con la referencia [...], confirió a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A.U., un plazo de diez días para formular alegaciones respecto a la denuncia presentada y solicitó la fecha de baja del contrato con Endesa Energía XXI y la copia del contrato suscrito entre la reclamante y Endesa Energía, S.A.U.

Con fecha 20 de febrero de 2017 ENDESA ENERGÍA, S.A.U., atendió al requerimiento cursado por el Gobierno de Canarias, manifestando que el 13 de agosto de 2016 «entró en vigor el contrato de energía nº [...] suscrito a nombre

de D^a [...] con esta comercializadora de mercado libre (...) con fecha 31 de octubre de 2016 el citado contrato quedó rescindido (...)). Añade la sociedad comercializadora que «hemos estimado la [reclamación] como procedente, motivo por el que (...) se han anulado todas las facturas emitidas (...)).»

El 27 de junio de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC») «Informe que emite el Servicio de Instalaciones Energéticas de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias sobre prácticas abusivas del comercializadoras eléctricas de mercado libre en el ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma», mediante el cual se dio traslado, entre otros, del expediente [...] relativo a la reclamación de D^a [...].

SEGUNDO. Actuaciones previas

Con fecha 18 de octubre de 2017, en el marco de las actuaciones previas contempladas en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»), la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC requirió a ENDESA ENERGÍA, S.A. para que aportase la documentación que estimase conveniente en relación a los hechos descritos en la denuncia objeto del procedimiento.

Adicionalmente, con la misma fecha, se procedió a notificar tanto a la Administración autonómica como a la denunciante el inicio del acuerdo de las actuaciones previas indicadas.

Con fecha 3 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA ENERGÍA, S.A. atendiendo al requerimiento cursado. En dicho escrito se manifiesta:

- «(...) les informamos de que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato que dio lugar a la entrada en vigor del contrato de luz nº [...] en fecha 13/08/2016 a nombre de Dña. [...], con DNI [...], para la dirección de suministro sita en calle [...] (Gran Canaria), CUPS eléctrico [...].»
- «Habiendo manifestado la Sra. [...] su disconformidad con la contratación, durante la gestión de la reclamación presentada, se procedieron a anular las facturas emitidas, estando el contrato de baja con fecha 31/10/2016.»
- «(...) esta mercantil procedió a anular el cobro de dos de las facturas emitidas durante la vigencia del contrato y que no habían sido abonadas. (...)).»

TERCERO. Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 4 de junio 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 - aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto-, 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.

Según el citado acuerdo, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la presunta activación por ENDESA ENERGÍA, S.A. del contrato de suministro sin consentimiento del titular del CUPS [...], cuyos demás datos constan en el antecedente anterior.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban en el acuerdo de incoación como infracción leve del artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante «Ley 24/2013»), «El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes».

El acuerdo de incoación fue notificado el 7 de junio de 2018 a ENDESA ENERGÍA, S.A., la cual, mediante escrito de 8 de junio, 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 (en adelante «Ley 39/2015»).

CUARTO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. al acuerdo de incoación

Con fecha 19 de junio de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGIA, S.A. de 18 de junio de 2018 en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que habiendo consultado sus sistemas comerciales, se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado por el reclamante.
- Que no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto a la citada contratación. Ante esta circunstancia ENDESA estimó la reclamación como procedente y anuló las dos facturas que fueron emitidas durante el periodo comprendido entre el 13 de agosto de 2016 y el 31 de octubre de 2016. Respecto a la devolución de

- las cantidades facturadas, ENDESA manifiesta que no ha podido efectuarla dado que no dispone de los datos necesarios para ello.
- Que por efecto de la anulación de las facturas no se ha producido perjuicio económico ni ENDESA ha obtenido beneficio alguno.

ENDESA ENERGÍA, S.A. concluye su escrito de alegaciones solicitando el archivo del procedimiento «sobre la base de la ausencia de indicios de haber llevado a cabo mi representada cualquier tipo de conducta constitutiva de infracción administrativa».

QUINTO. Propuesta de resolución

Con fecha 11 de julio de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso que se impusiese a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción de 30.000 euros 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.

SEGUNDO. Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de treinta mil (30.000) euros.

La propuesta de resolución se notificó a la interesada con fecha 13 de julio de 2018 (folio 122).

Asimismo, se comunicó a la interesada que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC, disponía de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes; y a su vez, se informó de lo previsto por el artículo 85 de la misma Ley (folios 140 y 141).

SEXTO. Declaración de reconocimiento voluntario de responsabilidad y renuncia de acciones y recursos en vía administrativa

Por escrito de 26 de julio de 2018, ENDESA ENERGÍA, S.A. efectuó declaración de reconocimiento voluntario de responsabilidad y renuncia de acciones y recursos en vía administrativa mediante la siguiente alegación:

Única.- La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia propone sancionar a mi representada con una multa de 30.000.-euros, por un supuesto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, tipificado como infracción leve en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Pues bien, por el presente documento mi representada reconoce la responsabilidad en los hechos expuestos y calificados en el expediente sancionador de referencia, con los efectos establecidos por el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), y renuncia a ejercitar cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Asimismo y conforme lo estipulado en el artículo precedente, se comunica el ejercicio del derecho a realizar el pago voluntario y con reducción de la sanción en el expediente referenciado con anterioridad a dictarse la Resolución correspondiente.

En atención a lo anterior, la interesada concluyó su escrito solicitando que se procediese a «declarar el archivo de las actuaciones con la aplicación de la reducción correspondiente sobre el importe de la sanción propuesta, de acuerdo a lo establecido en el artículo 85 de la LPAC».

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

Por medio de escrito de 3 de septiembre 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 143).

OCTAVO. Pago de la sanción

El día 31 de julio de 2018, se recibió escrito de ENDESA ENERGÍA, S.A. relativo al abono con fecha 25 de julio de 2018, entre otras, de la cantidad de 18.000 euros correspondiente al presente sancionador, importe que se corresponde con la reducción del 40% del importe de la sanción (30.000 euros) propuesta por el Director de Energía. Esto es, ENDESA ENERGÍA, S.A. abonó la sanción con las reducciones previstas en el citado artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según había anunciado en su escrito de 26 de julio de 2018.

NOVENO. 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 considera HECHO PROBADO en este procedimiento sancionador el siguiente, que ha sido expresamente reconocido por la propia imputada:

ÚNICO. ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 13 de agosto de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D^a. [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] (Gran Canaria), CUPS eléctrico [...] sin su consentimiento, situación que se mantuvo hasta el 31 de octubre de 2016.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha reconocido que «no ha sido posible localizar el contrato firmado por la reclamante y que dio lugar a la entra de vigor del contrato de luz nº [...] en fecha 13/08/2016» y, adicionalmente, manifiesta que «no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto a la citada contratación».
2. La estimación como procedente, por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., de la reclamación presentada por D^a. [...] en relación con el cambio de suministro sin consentimiento respecto al contrato nº [...] en fecha 13/08/2016.

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 24/2013, corresponde a «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, podrá 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».

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.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la citada Ley, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses.

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 24/2013 tipifica como infracción leve «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, sin vicio alguno de su voluntad; 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 1 letra 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 Ley 24/2013 de la obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores, pone de manifiesto que es la comercializadora la titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, corresponde a la empresa 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 el presente caso, corresponde a ENDESA ENERGÍA, S.A. la obligación de ofrecer al consumidor contratante una información veraz, clara y transparente que le permita en todo momento ser consciente de la empresa del grupo con la cual contrata. Ello, con expresión también veraz y transparente de las

consecuencias inherentes, en el sentido de informar al cliente con toda claridad de la extinción del contrato preexistente –con el correspondiente precio de suministro que viniera siendo aplicado- y del nacimiento de un nuevo contrato con una compañía comercializadora distinta. Todo ello, plasmado en el correspondiente contrato, comprensivo del contenido exigido legalmente, cuya existencia documental no ha aportado ENDESA ENERGÍA, S.A.

En el hecho probado fijado en la presente resolución, consta acreditado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D^a. [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] (Gran Canaria), CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento, situación que se mantuvo hasta el 31 de octubre de 2016.

La falta de consentimiento del titular del contrato preexistente (contrato con ENDESA ENERGÍA XXI, S.L. tipo PVPC sin discriminación horaria de referencia 060001031724, con potencia contratada 3,300 Kw) para el cambio de empresa comercializadora mediante la suscripción de un nuevo contrato de suministro, supone un manifiesto incumplimiento por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A. de los requisitos de contratación, concurriendo el tipo infractor establecido en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013.

TERCERO. Culpabilidad

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 se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP, según el cual «sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídica. [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

Mediante escrito de 26 de julio de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A. ha reconocido expresamente su responsabilidad, de modo que debe tenerse por acreditado el elemento subjetivo de la infracción.

CUARTO. Terminación del procedimiento por reconocimiento de la responsabilidad y reducción de la sanción.

En el apartado VII del acuerdo de incoación del presente procedimiento (folio 80) se indicaba que ENDESA ENERGÍA, S.A., como presunto infractor, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, en los términos establecidos en el artículo 85 de la Ley 39/2015.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí.

Según lo indicado, mediante escrito de 26 de julio de 2018 ENDESA ENERGÍA ha reconocido su responsabilidad. Asimismo, la interesada ha procedido a pagar la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento de responsabilidad por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., y al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la propuesta de resolución, procede aplicar las reducciones del 20% al importe de la sanción de 30.000 euros propuesta, quedando la misma en 18.000 (dieciocho mil) euros.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria

RESUELVE

Primero.- Declarar que ENDESA ENERGÍA, S.A. 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, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes, correspondiéndole una sanción de 30.000 (treinta mil) euros.

Segundo.- Aprobar las reducciones del 20% sobre la referida sanción, establecidas en el artículo 85, apartado 3 en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de 18.000 (dieciocho mil) euros, que ya ha sido abonada por ENDESA ENERGÍA, S.A.

Tercero.- Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción quedan condicionadas en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Cuarto.- Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

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.