

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENDESA ENERGÍA S.A. Y ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN RELACIÓN CON UN CONTRATO DE SUMINISTRO CON TARIFA DE BONO SOCIAL.

SNC/DE/112/17

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 10 de enero de 2019

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

ANTECEDENTES

PRIMERO. Denuncia presentada

El 16 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC») escrito de [...], dando traslado de la reclamación de [...] contra ENDESA ENERGÍA, S.A (en adelante «ENDESA») y contra ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. (en adelante «ENDESA XXI») por el que se denuncian determinadas actuaciones en relación con el suministro de energía eléctrica a su domicilio.

Los datos del punto de suministro afectado son los siguientes:

Titular: [...].
Dirección: [...] Sevilla.
CUPS: [...].

El contenido de la denuncia es el siguiente:

«[...] era cliente de una comercializadora de referencia [ENDESA XXI], con la que además disfrutaba de la aplicación del bono social en el contrato con número de acceso [...]. (Sito en el municipio de Guillena). Hace unos 8 meses se mudó de domicilio a Sevilla, aspecto que puso en conocimiento de [ENDESA XXI] para dar de alta el suministro en las mismas condiciones TUR Bono Social. A pesar de lo anterior, se le pasó a mercado libre con contrato [...]. Cuando [...] se percató y reclamó este aspecto, lo pasaron a PVPC (Sin bono social) con contrato [...]. No ha sido hasta septiembre de 2016 que ha conseguido mantener la tarifa que tenía antes y a la que tenía derecho.»

SEGUNDO. Actuaciones previas

El 29 de marzo 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, 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.

En la misma fecha, se requirió, tanto a ENDESA como a ENDESA XXI a fin de que aportasen los documentos contractuales, u otra acreditación del consentimiento del consumidor al cambio de comercializador, así como las facturas generadas, y fechas de alta y baja en los contratos. Igualmente, se les solicitó que acreditasen el historial de comunicaciones con el consumidor y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente y, en particular, la fecha en la que el consumidor solicitó acogerse al bono social y la fecha en la que efectivamente se le comenzó a aplicar.

Ambas sociedades, tras solicitar ampliación del plazo que fue concedida, y mediante escritos que tuvieron entrada el 1 de junio de 2017 –ENDESA XXI- y el 9 de junio de 2017 –ENDESA-, contestaron al requerimiento de información en los siguientes términos:

ENDESA XXI indica que el 6 de mayo de 2016 D. [...] contrató telefónicamente el suministro eléctrico para la dirección sita en [...] de Sevilla (CUPS [...] – adjunta el formato audio de la contratación- que se corresponde con el contrato [...]. Dicho contrato estuvo en vigor desde el 11 de mayo de 2016 hasta el 10 de junio de 2016. Posteriormente, con fecha 2 de agosto de 2016 D. [...] volvió a contratar el suministro para el mismo domicilio/CUPS que se corresponde con el contrato [...] que se encuentra en vigor desde el 7 de

agosto de 2016 hasta la fecha de elaboración del escrito de alegaciones. Finaliza su escrito ENDESA XXI manifestando que, en diciembre de 2016, se recibió escrito de [...] trasladando la disconformidad con la facturación y pérdida del bono social de D. [...], al que se contestó indicando que el cliente volvía a disponer de tarifa con bono social [en virtud del último contrato referenciado].

ENDESA, por su parte, indica que el 22 de febrero de 2016 D. [...] contrató el suministro eléctrico para el domicilio sito en la calle [...] de Sevilla. Dicha contratación, que se corresponde con el contrato [...], estuvo en vigor desde el 27 de febrero de 2016 hasta el 10 de mayo de 2016. Posteriormente, el día 11 de junio de 2016 D. [...] volvió a contratar (telefónicamente) el suministro con ENDESA –contrato nº [...]-, contratación que estuvo en vigor desde el 11 de junio de 2016 hasta el 6 de agosto de 2016 y, respecto a la cual, debido a un error en el sistema de archivo de llamadas contractuales, no se aporta archivo de audio. Ante la reclamación de D. [...] con la contratación referida se procedió a verificar que los contratos reclamados ya se encontraban dados de baja por cambio de comercializadora, motivo por el cual, con ocasión de la reclamación, ENDESA anuló el cobro de las facturas y devolvió los importes cobrados al cliente. A efectos de acreditar lo manifestado adjunta captura de pantalla de la transferencia realizada.

A tenor de las informaciones recibidas y la documental aportada, D. [...], en relación con el suministro de electricidad de su vivienda ubicada en la Calle [...] de Sevilla (CUPS [...]), ha experimentado los siguientes cambios de suministro, a saber:

1. Tuvo contrato en mercado libre –a través de la tarifa “Luz Endesa”- con la sociedad comercializadora ENDESA desde el 27 de febrero al 10 de mayo de 2016.
2. Posteriormente, tras la petición cursada telefónicamente el 6 de mayo de 2016, en la que solicitó aplicación de las mismas condiciones que el usuario tenía contratadas para el suministro de su anterior domicilio sito en la localidad de Guillena (provincia de Sevilla), la comercializadora ENDESA XXI formalizó contrato de suministro regulado sin aplicar el descuento del bono social durante el periodo de tiempo comprendido entre el 11 de mayo hasta el 10 de junio de 2016.
3. De nuevo, desde el 11 de junio de 2016 hasta el 6 de agosto de 2016, D. [...] formalizó con ENDESA un contrato de suministro en mercado libre –mediante la tarifa “Tempo 24 horas”-, con la consiguiente pérdida de la tarifa regulada que disfrutaba y de cuya contratación telefónica la sociedad comercializadora no aporta prueba documental.

4. Finalmente, desde el 5 de septiembre de 2016 hasta (al menos) junio de 2017, D. [...] disfruta de una tarifa regulada con descuento del bono social.

TERCERO. Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 8 de febrero 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 ENERGÍA, S.A.U., empresa comercializadora de electricidad, y contra ENDESA ENERGIA XXI, S.L.U, comercializadora de referencia, como personas jurídicas presuntamente responsables de las infracciones que en este mismo acuerdo se especifican, en su condición de autoras de las mismas.

Según el citado acuerdo, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento son los siguientes: **(i)** Aplicación al titular del punto de suministro identificado como CUPS: [...] de una tarifa regulada sin bono social por la comercializadora de referencia ENDESA XXI durante el periodo comprendido entre el 11 de mayo y el 10 de junio de 2016, a pesar de la solicitud y del precedente contractual de D. [...]. **(ii)** Aplicación al mismo titular de una tarifa en mercado libre por parte de la comercializadora ENDESA, durante el periodo comprendido entre el 11 de junio al 6 de agosto de 2016, privando al consumidor de su potencial derecho de acceso al bono social.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban, cada uno de ellos, en el acuerdo de incoación como infracción grave del artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante «Ley 24/2013»), «El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables».

El acuerdo de incoación fue notificado el 21 de febrero de 2018 a ENDESA, comercializadora que, mediante escrito de 26 de febrero, solicitó ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue concedida 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»).

Por su parte, ENDESA XXI fue notificada el 16 de febrero de 2018, solicitó ampliación del plazo para formular alegaciones mediante escrito de 26 de febrero de 2018, ampliación que fue concedida el 28 de febrero de 2018 en los términos del citado artículo 32.

CUARTO. Alegaciones de ENDESA XXI

Con fecha 18 de marzo de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA XXI en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Desde el 16 de agosto de 2012 hasta el 2 de agosto de 2016 D. [...] tenía contratada en su vivienda habitual ubicada en la [...], de Guillena (Sevilla) la Tarifa TUR Bono Social con ENDESA XXI (contrato nº [...]).
- Desde el 27 de febrero de 2016 hasta el 10 de mayo de 2016 el suministro de energía eléctrica de la vivienda sita en la calle [...] de Sevilla se prestaba a través de la comercializadora ENDESA conforme al contrato nº [...].
- El 6 de mayo de 2016 el Sr. [...] solicitó cambio de comercializadora, pasando a contratar con ENDESA XXI. Dicho cambio generó el contrato nº [...], que entró en vigor el 11 de mayo.
- Respecto a este cambio del mercado libre al mercado regulado, manifiesta ENDESA XXI que, a pesar de que la reclamación del consumidor pone de manifiesto que “lo pasaron a PVPC (Sin bono social)”, las indicaciones del Sr. [...] en la comunicación telefónica no fueron claras ya que, por una parte, manifestó querer mantener el contrato en su otra vivienda –siendo ésta la única respecto a la que tenía acreditado el carácter de habitual- y, por otra parte, tampoco le consta a ENDESA XXI que el Sr. [...] aportara el certificado de empadronamiento de la vivienda sita en la Calle [...], tal y como exige la normativa.
- Por todo ello, dado que no es posible disponer de más de una vivienda habitual y que esa condición estaba asociada a la vivienda del municipio de Guillena (Sevilla), ENDESA XXI procedió a aplicar al suministro de la vivienda de la calle [...] la única tarifa posible en el mercado regulado en atención a las características del consumidor; esto es, la tarifa PVPC.
- Con fecha 11 de junio de 2016 cambió una vez más de contrato a mercado libre hasta el 6 de agosto de 2016.

- Finalmente, con fecha 2 de agosto de 2016 el Sr. [...] en las oficinas de ENDESA contrato con ENDESA XXI el suministro con la aplicación de la Tarifa TUR Bono Social. Fue en ésta fecha, y no antes, cuando consta a ENDESA XXI el empadronamiento en la calle [...], retirándose así el Bono Social del suministro de la vivienda ubicada en el municipio de Guillena (Sevilla).
- Manifiesta ENDESA XXI que no cabe interpretar que le sea imputable el hecho de que el Sr. [...] no pudiera beneficiarse del Bono Social en la Calle [...]. Añade que el Sr. [...] no dejó de disfrutar el Bono Social de la vivienda de Guillena hasta su cambio al de la Calle [...].
- Continúa alegando la comercializadora que no concurren los principios de antijuridicidad y tipicidad en tanto no se identifican los motivos concretos por los que esta parte habría incumplido el artículo 46.1 apartado o) de la Ley del sector y añade que cumple con lo dispuesto en el citado artículo 46.1
- Que en el contrato formalizado el 6 de mayo de 2016 no le fuese aplicado al reclamante la TUR Bono social para la vivienda de la C/ [...] no es imputable a ENDESA XXI.
- Finaliza sus alegaciones la comercializadora manifestando (i) falta de legitimación pasiva y consecuente vulneración del principio de responsabilidad al estimar que la comercializadora nunca ha adoptado la decisión de dar de alta al Sr. [...] en el mercado libre (C/ [...]), limitándose a dar de baja el contrato que tenía en vigor el cliente; (ii) vulneración del principio básico de culpabilidad en tanto nunca ha dejado de aplicar el Bono Social al Sr. [...] y, en consecuencia, no ha generado perjuicio económico al reclamante; y (iii) ausencia de las medidas presuntamente incumplidas que impide a ENDESA XXI conocer la acusación real lo que comportaría vulneración del procedimiento sancionador.

ENDESA XXI 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».

Adjunta a su escrito de alegaciones la siguiente documental:

- Dos facturas emitidas por ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U., correspondientes a los periodos 16/05/2016 a 14/06/2016 y 14/06/2016 a 14/07/2016, a D. [...] para el suministro de la [...], Guillena (Sevilla) CUPS: [...]

QUINTO. Alegaciones de ENDESA

Con fecha 23 de marzo de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA en el que expone, en síntesis, lo siguiente:

- Que el Sr. [...] contrató para su vivienda ubicada en la [...] Guillena (Sevilla) –según la documental- con ENDESA XXI con la Tarifa TUR Bono Social al menos desde el 14 de abril de 2016 hasta el 16 de mayo de 2016 y desde el 14 de julio de 2016 hasta el 14 de septiembre de 2016, si bien a partir del 1 de agosto de 2016 la tarifa aplicada a dicho punto de suministro pasó a ser la tarifa PVPC.
- Respecto al suministro de la [...] de Sevilla, el Sr. [...] el 22 de febrero de 2016 solicitó de forma presencial contratar el suministro con ENDESA, generándose el contrato nº [...] que estuvo en vigor desde el 27 de febrero hasta el 10 de mayo de 2016. Posteriormente, el 6 de mayo de 2016 solicitó el cambio de contrato con ENDESA XXI, generándose el contrato nº [...] durante el periodo comprendido entre el 11 de mayo hasta el 10 de junio de 2016.
- Que el 11 de junio de 2016 el Sr. [...] solicitó, a través del Centro de Atención Telefónica, un nuevo cambio de suministro a ENDESA (contrato nº [...]) esta vez con la Tarifa Tempo 24 horas que estuvo en vigor desde el 11 de junio hasta el 6 de agosto de 2016 y respecto al cual ENDESA manifiesta no disponer de soporte de dicha contratación debido a un error en el sistema de archivo de llamadas contractuales.
- Que el 2 de agosto de 2016 el Sr. [...] contrató de nuevo el suministro de la vivienda sita en la C/ [...] con ENDESA XXI beneficiándose desde el 7 de agosto de 2016 de la Tarifa TUR Bono Social (contrato nº [...]).
- Por todo ello, ENDESA considera que no cabe interpretar que le sea imputable el hecho de que el Sr. [...] no disfrutara del Bono Social en la C/ [...] desde el 11 de junio al 6 de agosto de 2016 y que nunca dejó el Sr. [...] de beneficiarse de dicho Bono en ese periodo al resultarle de aplicación en la vivienda de la localidad de Guillena (Sevilla).
- ENDESA expone, en términos similares a los efectuados por ENDESA XXI, (i) que concurre vulneración de los principios de antijuridicidad y tipicidad; (ii) vulneración del principio básico de culpabilidad; y (iii) ausencia de las medidas presuntamente incumplidas que impide a ENDESA conocer la acusación real lo que comportaría vulneración del procedimiento sancionador.

Finaliza su escrito de alegaciones ENDESA solicitando la realización de prueba en el procedimiento, para lo cual, requiere:

- «Aportación por Endesa Energía XXI S.L.U. de copia de las facturas emitidas a nombre de D. [...] para el CUPS [...] durante el periodo comprendido entre el 16/05/2016 y el 14/07/2016 (contrato nº [...]) a efectos de verificar si durante dicho periodo el Sr. [...] continuó disfrutando del Bono Social».

Concluye ENDESA 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».

SEXTO. Inadmisión de la prueba propuesta por ENDESA

Con fecha 1 de octubre de 2018 el Director de Energía de la CNMC acordó la inadmisión de la prueba propuesta por ENDESA por innecesaria, en tanto comportaba la incorporación de una documental (Facturas) que la propia ENDESA XXI había adjuntado a su escrito de alegaciones que fue registrado en fecha 18 de marzo de 2018 y, consecuentemente, forma parte desde ese momento del expediente administrativo.

SÉPTIMO. Propuesta de Resolución

Con fecha 4 de octubre de 2018 el instructor formuló propuesta de resolución, con el siguiente contenido:

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.

TERCERO. Declare la inexistencia de responsabilidad de ENDESA ENERGÍA XXI, S.L., en el procedimiento administrativo SNC/DE/112/17.

La propuesta de resolución se notificó el 5 de octubre a ENDESA y el 8 de octubre de 2018 a ENDESA XXI (folios 309 a 311).

OCTAVO. Reconocimiento de responsabilidad, renuncia de acciones y comunicación de pago voluntario

Por escrito de 22 de octubre de 2018, ENDESA efectuó declaración de reconocimiento voluntario de responsabilidad y renuncia de acciones y recursos en vía administrativa, así como comunicación de pago voluntario de la sanción, todo ello en los términos del artículo 85 de la Ley 39/2015.

Al respecto, manifestó que «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 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».

NOVENO. Escrito de ENDESA acompañando justificante de pago

Como continuación al escrito anterior de 22 de octubre de 2018, por escrito de 8 de noviembre siguiente, ENDESA aportó acreditación documental del pago efectuado con aplicación de la reducción correspondiente sobre el importe de la sanción propuesta, de acuerdo a lo establecido en el artículo 85 de la LPAC.

DÉCIMO. Finalización de la instrucción

Por medio de escrito de 23 de octubre 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 317).

UNDÉCIMO. 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 los siguientes:

Primero. Al menos desde el 16 de mayo de 2016 hasta el 14 de julio de 2016, D. [...] se benefició de los descuentos asociados a la Tarifa TUR Bono Social (sin discriminación horaria) en el suministro de energía eléctrica de la vivienda ubicada en la [...] de la localidad de Guillena (Sevilla), como consecuencia del contrato formalizado con la comercializadora ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U.

Este hecho ha sido probado a través de las facturas ([...]) emitidas por la comercializadora ENDESA ENERGÍA XXI acreditativas del periodo de tiempo y del punto de suministro acogidos al descuento asociado al bono social en la vivienda ubicada en Guillena.

Segundo. Con fecha 6 de mayo de 2016 el Sr. [...] solicitó a ENDESA XXI suministro de energía eléctrica para la vivienda ubicada en la calle [...] de Sevilla. Con fecha 11 de mayo de 2016 ENDESA XXI activó el contrato [...] con una tarifa PVPC.

Este hecho ha sido reconocido a través del escrito de alegaciones al acuerdo de incoación presentado por la sociedad ENDESA XXI.

Tercero. ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 11 de junio de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D. [...] para la dirección de suministro sita en C/ [...] de Sevilla, CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento, situación que se mantuvo hasta el 6 de agosto de 2016.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha reconocido, tanto en las actuaciones previas a la apertura del presente procedimiento como en las alegaciones formuladas al acuerdo de incoación, que: «(...) debido a un error en el sistema de archivo de las llamadas contractuales, no ha sido posible localizar la misma [contratación] (...)».
2. La estimación como procedente, por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., de la disconformidad manifestada por el sujeto reclamante, tal y como manifiesto la comercializadora (folio 132) al requerimiento de información formulado por esta Comisión: «(...) durante la gestión de la reclamación presentada se procedió a verificar que los contratos reclamados ya se encontraban dados de baja, desde el 06/08/2016, por cambio de comercializadora. No obstante, con ocasión de la citada reclamación, por deferencia comercial, esta mercantil procedió a anular el cobro de las

facturas emitidas durante la vigencia del citado contrato. Se ha procedido a tramitar su devolución a su favor por los importes cobrado por transferencia al cliente, (...)».

3. El reconocimiento de responsabilidad efectuado por ENDESA ENERGÍA. S.A, singularmente mediante escrito de 22 de octubre de 2018, por el que asimismo declaró su voluntad de acogerse a las reducciones del artículo 85 LPAC y efectuar el pago voluntario del importe minorado de la sanción propuesta.

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 [...] tipificadas como leves en los párrafos 1, 2, 3, 4, y 5 del artículo 66».

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 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 acuerdo de incoación del presente procedimiento señaló en su apartado II, respecto a la actuación de la comercializadora en mercado libre ENDESA, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente: «Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento (...): **(ii)** Aplicación al mismo titular [Sr. ...] de una tarifa en mercado libre por parte de la comercializadora ENDESA,

durante el periodo comprendido entre el 11 de junio al 6 de agosto de 2016, privando al consumidor de su potencial derecho de acceso al bono social».

A continuación, el apartado III precalificaba esos hechos como constitutivos de una infracción grave, identificando el tipo regulado en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 en el que podrían subsumirse la conducta de ENDESA. No obstante lo anterior, el mismo apartado III anticipaba que ésta precalificación se efectuaba sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción del presente procedimiento.

Los hechos probados de esta resolución, en consonancia con los de la propuesta, consideran acreditado que el Sr. [...] se benefició de los descuentos asociados a la Tarifa TUR Bono Social inicialmente en la vivienda habitual ubicada en la localidad de Guillena (Sevilla) –hasta agosto del 2016- y posteriormente en la vivienda sita en la C/ [...] de Sevilla. Por ello, debe concluirse que no concurren las circunstancias que permiten aplicar el tipo inicialmente imputado a ENDESA, dado que el mismo comporta necesariamente vulneración de las medidas de protección al consumidor en especial las relativas a los consumidores vulnerables (bono social).

En la instrucción del procedimiento se concluyó que las distintas modificaciones contractuales efectuadas a fin de suministrar energía eléctrica en el domicilio de la vivienda sita en la C/ [...] de Sevilla, no vulneraron el derecho del Sr. [...] a ser beneficiario de una tarifa que aplique los descuentos correspondientes al bono social atendiendo a su condición de consumidor vulnerable.

Expuesto lo cual, la propuesta valoró –ya no en el marco de las medidas de protección al consumidor vulnerable- el cambio de suministro efectuado por ENDESA en la vivienda de la calle [...] como consecuencia de la solicitud que el Sr. [...] efectuó a través del Centro de Atención Telefónica el 11 de junio de 2016.

Según como consta en los hechos probados, el 11 de junio de 2016 la comercializadora ENDESA procedió a dar de alta el contrato de suministro eléctrico denominado «Tempo 24 horas» de su referencia [...], titularidad de D. [...] para la dirección de suministro sita en C/ [...] de Sevilla, CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento, situación que se mantuvo hasta el 6 de agosto de 2016.

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, correspondía a ENDESA 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.

La falta de consentimiento del titular del contrato para el cambio de empresa comercializadora mediante la suscripción de un nuevo contrato de suministro, supone un manifiesto incumplimiento por parte de ENDESA de los requisitos de contratación, concurriendo el tipo infractor (leve) establecido en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013.

TERCERO. Inexistencia de infracción por parte de ENDESA XXI

El vigente marco regulatorio de la figura del consumidor vulnerable y del bono social -regulado esencialmente en el artículo 45 y en la disposición transitoria décima de la Ley 24/2013- establece, a efectos de su aplicación y consecuente beneficio, una serie de requisitos a observar con carácter previo a su aplicación por parte de las sociedades comercializadoras.

Entre estos requisitos, establece el artículo 45 en sus apartados 1 y 2 que tanto la condición de consumidor vulnerable como la aplicación del bono social se circunscribe a personas físicas y para el suministro de energía eléctrica que se preste en la vivienda habitual. En idénticos términos se expresa la disposición transitoria décima de la ley: «(...) tendrán derecho al bono social los

suministros de los consumidores, que siendo personas físicas, tengan una potencia contratada inferior a 3 kW en su vivienda habitual».

Según señaló la propuesta de resolución y figura en los hechos probados de la presente resolución, ENDESA XXI, al menos desde el 16 de mayo de 2016 hasta el 14 de julio de 2016, aplicó a D. [...] los descuentos asociados a la Tarifa TUR Bono Social (sin discriminación horaria) en el suministro de energía eléctrica de la vivienda ubicada en [...] de la localidad de Guillena (Sevilla), atendiendo a la circunstancia de ser ésta la vivienda habitual del Sr. [...].

La solicitud de suministro para la vivienda sita en la calle [...] (Sevilla), efectuada a través del servicio de atención telefónica el día 6 de mayo de 2016, pretendía la aplicación de las mismas condiciones contractuales que el Sr. [...] disfrutaba en la vivienda de Guillena, según se desprende de la audición de la contratación telefónica (folio 116).

Sin embargo, la aplicación de las idénticas condiciones al suministro de la calle [...] resultaba jurídicamente inviable debido –como apunta correctamente ENDESA XXI- a que la tarifa TUR bono social sólo se puede asociar al suministro de la vivienda habitual.

La pretensión del reclamante de mantener las mismas condiciones contractuales para el suministro de la vivienda ubicada en Guillena (Sevilla); esto es, beneficiaria del bono social, y la solicitud de un nuevo suministro en la calle [...] sin contar ésta última, a fecha 6 de mayo de 2016, con la condición de vivienda habitual resultaban regulatoriamente incompatibles.

Si bien es cierto que de la audición de la contratación telefónica efectuada el 6 de mayo de 2016 se desprende que ENDESA XXI no advirtió de forma explícita al Sr. [...] acerca de la incompatibilidad del beneficio del bono social entre los suministros de sus viviendas (Guillena y Calle [...]) por efecto de la exigencia normativa, la observancia del requisito de la vivienda habitual en la contratación del suministro en la calle [...] impedía a ENDESA XXI asignar las mismas condiciones contractuales al suministro de la calle [...] más allá de la tarifa regulada que fue contratada.

Resulta destacable, tal y como manifiesta la propia ENDESA XXI en su escrito de alegaciones, que dos meses después de la contratación telefónica objeto de la reclamación el Sr. [...] contrató el suministro de la calle [...] con una Tarifa TUR bono social, una vez que acreditó la condición de esa vivienda como vivienda habitual, lo que supuso automáticamente la pérdida del beneficio de la tarifa social en el suministro de la vivienda de Guillena.

Por todo lo expuesto, se considera probado que durante el periodo comprendido entre el 11 de mayo y el 10 de junio de 2016 el Sr. [...] disfrutaba de las ventajas de la aplicación del bono social en otra vivienda. En vista de

ello, la contratación efectuada a través del servicio telefónico el 6 de mayo de 2016, correspondiente al contrato nº [...], para el suministro de la vivienda ubicada en la Calle [...], no quebrantó el derecho al bono social del consumidor vulnerable en tanto el mismo sujeto disfrutaba al tiempo de su solicitud de suministro del descuento aplicable a la Tarifa TUR bono social en otro domicilio que tenía la condición de vivienda habitual.

CUARTO. Culpabilidad de ENDESA

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 en primer plano la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44 c) de la Ley del Sector Eléctrico). 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.

Ello comporta la necesidad 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, incluida la extinción del contrato preexistente con una empresa comercializadora de último recurso a precio PVPC y correspondiente nueva contratación con una empresa comercializadora distinta, con precios y servicios diferentes.

En el presente caso, consta probado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D. [...], con CUPS [...], sin su consentimiento.

Durante la instrucción del procedimiento, ENDESA ENERGÍA, S.A. alegó, respecto a la justificación de las altas y bajas en el suministro aquí considerado que, el bono social sólo es aplicable a una vivienda habitual y en dicho periodo ya le resultaba de aplicación el descuento en otra vivienda. Esto es, ENDESA refirió argumentos que eximen de reproche jurídico a ENDESA XXI, pero sin justificar nada al respecto del consentimiento prestado por el Sr. [...], a través del servicio de atención telefónica, que supuso el cambio de una tarifa con precio regulado al mercado libre. Posteriormente, según ha quedado expuesto en los antecedentes y fundamentos precedentes, ENDESA ENERGÍA reconoció expresamente su responsabilidad por los hechos.

Por lo expuesto, cabe concluir que concurre en el presente supuesto una actuación negligente de ENDESA ENERGÍA, S.A., al haber cambiado de contrato a un consumidor sin su consentimiento situación que se prolongó desde el 11 de junio de 2016 hasta el 6 de agosto de 2016.

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

En el apartado VII del acuerdo de incoación del procedimiento (folio 158) se indicaba que las presuntas infractoras podían reconocer voluntariamente su responsabilidad, en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con los efectos previstos en el artículo 85.

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.

Como resultado de la recalificación efectuada en la propuesta de resolución, se concluyó la falta de responsabilidad de ENDESA XXI en los hechos objeto de este sancionador. Asimismo, antes de la presente resolución, ENDESA ENERGÍA procedió al reconocimiento de su responsabilidad. Asimismo, por escrito de 8 de noviembre pasado, ENDESA acreditó el pago del importe de 18.000 euros correspondientes a la sanción propuesta, conforme a las reducciones aplicables, mediante transferencia de 26 de octubre de 2018.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria

RESUELVE

Primero. Declarar la inexistencia de responsabilidad de ENDESA ENERGÍA XXI, S.L., en el procedimiento administrativo sancionador SNC/DE/112/17.

Segundo. Declarar que 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, correspondiéndole una sanción de treinta mil (30.000) euros.

Tercero. 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 dieciocho mil (18.000) euros, que ya ha sido abonada por ENDESA ENERGÍA, S.A.

Cuarto. Declarar que las efectividades 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.

Quinto. 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.