

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 4 DE JUNIO DE 2018 A ENDESA ENERGÍA, S.A. POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO.

SNC/DE/182/17

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 13 de febrero de 2019

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, así como 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Actuaciones previas de la CNMC

El 27 de noviembre de 2017, la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC emitió una nota interior informando de la situación detectada en relación con algunas empresas comercializadoras por no contar con documentación acreditativa del consentimiento expreso por parte del consumidor, dimanante del expediente de supervisión IS/DE/013/16.

Dicho expediente se enmarca en la función de supervisar el cumplimiento de la normativa y de los procedimientos que se establezcan en relación con los cambios de comercializador (artículo 7.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC).

Del análisis de la documentación aportada y según consta en la propuesta de actuación, respecto de ENDESA ENERGÍA, S.A. se habían detectado 21 casos no acreditados en el sector eléctrico y 6 casos no acreditados en el sector gasista, tratándose de cambios de los que el comercializador no había aportado documentación que acredite el consentimiento expreso del consumidor.

Se trata de los siguientes CUPS:

SECTOR	CUPS
Electricidad	[...]
Gas	[...]

SEGUNDO. Incoación del procedimiento sancionador

El 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 y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, acordó incoar un procedimiento sancionador a ENDESA ENERGIA S.A., por presunto incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro.

Los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en el cambio de comercializador a favor de ENDESA ENERGÍA, S.A. de 21 puntos de suministro de energía eléctrica y 6 puntos de suministro de gas natural de los que la citada comercializadora no ha aportado documentación que acredite el consentimiento expreso del respectivo consumidor. El detalle de los CUPS afectados es el citado en el antecedente previo, desglosados por sector.

Según se hizo constar en el acuerdo de incoación, esta conducta, sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción, podría ser considerada como 21 infracciones leves establecidas en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, «El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro» y 6 infracciones leves establecidas en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en los mismos términos.

El acuerdo de incoación fue notificado el 11 de junio de 2018 a ENDESA ENERGÍA, S.A., si bien por un error en el archivo telemático adjunto sólo constaron las páginas impares de dicho acuerdo. Mediante escrito de fecha 12 de junio de 2018, ENDESA ENERGÍA, S.A. puso de manifiesto dicho error y

solicitó el envío del documento completo y la ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue concedida desde la fecha de notificación del acuerdo de incoación mediante documento de 14 de junio de 2018, en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015).

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

El 2 de julio de 2018 ENDESA ENERGIA S.A. presentó sus alegaciones al acuerdo de inicio, las cuales pueden resumirse del siguiente modo:

- Como primera cuestión previa, alega que «la imputación realizada en el Acuerdo de Inicio es [...] que la citada comercializadora no ha aportado documentación alguna que acredite el consentimiento expreso del respectivo consumidor».
- Como segunda cuestión previa, respecto de la notificación telemática del acuerdo de incoación incompleto, y la ampliación concedida, alega que «dicha ampliación fue a contar desde la notificación incompleta del acuerdo de inicio (11/06/2018) y no desde su remisión completa (15/06/2018), constituyendo un claro perjuicio a mi representada [...]. En consecuencia, se presentan estas primeras alegaciones sin perjuicio de las alegaciones complementarias que puedan ser presentadas por Endesa Energía, y de propuesta de prueba en fase de propuesta de resolución». Así mismo, alegó que «el procedimiento sancionador se incoa sobre la base del resultado del expediente de supervisión IS/DE/013/16. En este sentido, se hace referencia a la Nota de la Jefa de la Unidad de Instrucción de 27/11/2017 en la que se adoptan una serie de valoraciones [...] cuya información no se acompaña. [...] En la medida en que puedan existir informes adicionales o documentos que formen parte del anterior expediente que puedan ser de su interés, deberían formar parte del presente procedimiento so pena de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada».
- Sobre los hechos, ENDESA ENERGÍA, S.A. presenta alegaciones en relación con cada uno de los 21 CUPS eléctricos y 6 CUPS de gas:

A. Sobre los CUPS eléctricos, señala:

1. [...] [...] se puso en contacto con nuestro centro de atención telefónica (CAT) para solicitar el alta [...] se acompaña, como documento 1, en formato audio, la grabación telefónica».
2. [...] [...] se puso en contacto con el centro de atención telefónica (CAT) de esta mercantil solicitando un cambio de comercializadora

[...] se acompaña como documento 3 la grabación telefónica correspondiente a la contratación realizada».

3. [...] [...] contrató el suministro eléctrico [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el mismo [...] nos ha sido imposible localizar, y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía, sin embargo, y como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente», incluye en su escrito una captura de pantalla de sus sistemas informáticos relativa a la ausencia de deudas con el cliente.
4. [...] [...] contrató el suministro eléctrico [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el mismo [...], y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía, sin embargo, y como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente», incluye en su escrito una captura de pantalla de sus sistemas informáticos relativa a la ausencia de deudas con el cliente.
5. [...] [...] contrató el suministro eléctrico [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el mismo [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía, sin embargo, y como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente», incluye en su escrito sendas capturas de pantalla de sus sistemas informáticos relativas a una reclamación presentada por el cliente y a la ausencia de deudas con dicho cliente.
6. [...] [...] contrató el suministro eléctrico [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el mismo [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía, sin embargo, y como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente», incluye en su escrito una captura de pantalla de sus sistemas informáticos relativa a la ausencia de deudas con el cliente.
7. [...] [...] fue formalizado de forma presencial, si bien no ha sido posible localizar el mismo. [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación inicial formalizada entre el cliente y Endesa Energía, sin embargo, y como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente»,

aporta copia de diversa documentación. En particular, aunque no dispone de documentación soporte de la contratación inicial, acompaña copia del contrato de 9 de octubre de 2017, generado tras una modificación de potencia solicitada por la clienta. Añade una captura de pantalla de sus sistemas informáticos relativa a la ausencia de deudas con la clienta.

8. [...] [...] se puso en contacto con el centro de atención telefónica (CAT) de esta mercantil solicitando un cambio de comercializadora [...] se acompaña, como documento 5 en formato audio, la grabación telefónica correspondiente a la llamada de solicitud de contratación».
9. [...] [...] contrató el suministro eléctrico [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía, sin embargo, y como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente», aporta copia de una reclamación presentada durante la vigencia del contrato (de 21/08/2015 a 05/04/2016) así como una captura de pantalla de sus sistemas relativa a la ausencia de deudas.
10. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] toda vez que esta parte no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto a la citada contratación [...] procedió a adoptar las medidas oportunas con objeto de evitar un posible perjuicio». Al respecto de dicha contratación, ENDESA ENERGÍA señala que el contrato estuvo en vigor hasta el 31 de agosto de 2016, fecha en la que causó baja por cambio de comercializadora, habiéndose emitido sendas facturas que no fueron abonadas por la clienta.
11. [...] [...] se puso en contacto con el centro de atención telefónica (CAT) de esta mercantil solicitando un cambio de comercializadora [...]. Dicho contrato fue formalizado telefónicamente. Así, se acompaña como documento nº 7 la grabación telefónica correspondiente a la contratación realizada».
12. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Sin embargo, como indicio de que sí hubo consentimiento en la citada contratación por parte del cliente, señala que el contrato sigue en vigor, sin que se hayan registrado reclamaciones ni deudas de la

clienta, según resulta de las capturas de pantalla que incluye en su escrito.

13. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Como indicio de que hubo consentimiento por parte del cliente, señala que el contrato sigue en vigor, sin que se hayan registrado reclamaciones ni deudas, según resulta de las capturas de pantalla que incluye en su escrito.
14. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Como indicio de que hubo consentimiento por parte del cliente, señala que el contrato sigue en vigor, sin que se hayan registrado reclamaciones ni deudas, según resulta de las capturas de pantalla que incluye en su escrito.
15. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Como indicio de que hubo consentimiento por parte del cliente, señala que el contrato sigue en vigor, sin que se hayan registrado reclamaciones ni deudas, según resulta de las capturas de pantalla que incluye en su escrito.
16. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Como indicio de que hubo consentimiento por parte de la clienta, señala que el contrato sigue en vigor, sin que se hayan registrado reclamaciones ni deudas, según figura en las capturas de pantalla de sus sistemas informáticos que inserta en su escrito.
17. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». La empresa señala que el contrato estuvo vigente hasta el 29 de mayo de 2018, fecha en la que se dio de baja por cambio de comercializadora, lo cual se acredita con una captura de pantalla de

sus sistemas informáticos. Asimismo, añade que la cliente no manifestó disconformidad alguna con la contratación, lo que acreditaría el consentimiento y abonó las facturas que le fueron remitidas.

- 18.[...] [...] contrató el suministro eléctrico con Endesa Energía [...] se acompaña como documento nº 8 copia del citado contrato [...]. Asimismo, como documento nº 9, en formato audio se aporta la grabación telefónica correspondiente al control de calidad realizado una vez recibido el contrato debidamente cumplimentado y firmado».
- 19.[...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». La empresa añade que el contrato sigue actualmente en vigor sin que se hayan registrado reclamaciones o impagos por parte del cliente.
- 20.[...] [...] se ha podido comprobar que [...] contrató en el año 2016 el suministro eléctrico con Endesa Energía [...] se acompaña como documento 10 copia del citado contrato, debidamente cumplimentado, y firmado por el Sr. [...]».
- 21.[...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía» La empresa añade que el contrato sigue actualmente en vigor sin que se hayan registrado reclamaciones o impagos por parte [...].

B. En relación con los CUPS de gas, ENDESA ENERGÍA, S.A. alega:

1. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...]. Así pues, toda vez que esta parte no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto de la citada contratación, Endesa Energía [...] procedió a adoptar las medidas oportunas con objeto de evitar un posible perjuicio económico [...]». En particular, ENDESA ENERGÍA señala que recibió una reclamación del Sr. [...] el 13 de septiembre de 2015, a raíz de la cual dio de baja el contrato. Así pues, el contrato estuvo en vigor desde el 11/09/2015 hasta el 20/09/2015, período durante el cual «se emitió una única factura no abonada por el reclamante y que ha sido anulada de manera voluntaria y con anterioridad al inicio del expediente sancionador arriba referido».

2. [...] [...] se ha podido comprobar que [...] contrató el suministro de gas con Endesa Energía [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el contrato firmado por el Sr. [...], el mismo estuvo en vigor con esta compañía hasta el 24/07/2016, y constando abonadas todas las facturas emitidas desde su entrada en vigor». Además, existen elementos indiciarios posteriores sobre la existencia de consentimiento, como la grabación que aporta ENDESA en la cual el cliente reclama una diferencia en la lectura de su equipo de medida.
 3. [...] [...] se puso en contacto con el centro de atención telefónica (CAT) de esta mercantil solicitando la contratación del suministro de electricidad y el gas con Endesa Energía S.A.U. [...]. Dicho contrato fue formalizado telefónicamente. Así, se acompaña como documento nº 12, la grabación telefónica correspondiente a la contratación realizada».
 4. [...] [...] se ha podido comprobar que [...] contrató el suministro de gas con Endesa Energía [...]. Si bien debido a un error en el sistema de archivo de documentación no ha sido posible localizar el contrato firmado por la Sra. [...], el mismo estuvo en vigor con esta compañía hasta el 30/05/2017, y constando abonadas todas las facturas emitidas desde su entrada en vigor». Así lo acredita la empresa con diversas capturas de pantalla de sus sistemas informáticos que inserta en su escrito de alegaciones.
 5. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] nos ha sido imposible localizar, y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Sin embargo, el hecho de que el contrato siga vigente hoy día, y se esté atendiendo el pago de las facturas, según acredita la empresa con diversas capturas de pantalla, prueban la existencia de consentimiento en este caso.
 6. [...] [...] se ha podido comprobar que debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha sido posible localizar el contrato firmado [...] y por tanto aportar al presente procedimiento, copia de la contratación formalizada entre el cliente y Endesa Energía». Al respecto, la empresa señala que la existencia de consentimiento resulta del hecho de que el contrato siga vigente hoy día, sin deudas por impago de las correspondientes facturas.
- Sobre «la vulneración del principio básico de antijuricidad», ENDESA ENERGÍA, S.A. alega que «en el presente supuesto no concurre el principio

de antijuricidad que conforma cualquier ilícito administrativo, y ello, por cuanto, como ha sido acreditado con anterioridad, no puede concluirse que la mercantil a la que represento haya llevado a cabo una conducta contraria al ordenamiento jurídico».

- En relación con la «vulneración del principio básico de culpabilidad», ENDESA ENERGÍA, S.A. alega que «no puede apreciarse la concurrencia del incumplimiento que se le imputa a mi representada y, por tanto, menos aún la existencia de algún tipo de intencionalidad para la ejecución de un supuesto de hecho ilícito –culpabilidad-».
- Sobre la «vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia», señala que «la carencia de motivación del acuerdo de incoación frente al que se formulan las presentes alegaciones, ha provocado que mi representada haya tenido que realizar un esfuerzo absolutamente excesivo para tratar de desvirtuar, en un plazo en todo punto insuficiente, la imputación mantenida por esa Comisión; produciéndose materialmente una inversión de la carga de la prueba –que ha tenido que ser soportada por mi representada-, que determina la conculcación de las garantías mínimas que rigen el derecho administrativo sancionador, y, en particular, del invocado derecho a la presunción de inocencia».

ENDESA ENERGÍA, S.A. concluye su escrito de alegaciones de fecha 2 de julio de 2018 solicitando el archivo de las actuaciones por inexistencia de indicios de cualquier conducta constitutiva de infracción administrativa.

CUARTO. Propuesta de resolución

Con fecha 10 de septiembre 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 agregada de 200.000 euros por todas las (20) infracciones leves que se consideraron finalmente cometidas, 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 quince infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los

contratos de suministro de energía eléctrica correspondientes a los quince CUPS que constan en el hecho probado primero de la presente propuesta.

SEGUNDO. Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por cada una de las quince infracciones leves cometidas antes referidas, de modo que el importe agregado de las quince sanciones propuestas asciende a la cantidad de ciento cincuenta mil (150.000) euros.

TERCERO. Declare que la empresa ENDESA ENERGIA S.A. es responsable de la comisión de cinco infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de gas natural correspondientes a los cinco CUPS que constan en el hecho probado segundo de la presente propuesta.

CUARTO. Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por cada una de las cinco infracciones leves cometidas antes referidas, de modo que el importe agregado de las cinco sanciones propuestas asciende a la cantidad de cincuenta mil (50.000) euros.

La propuesta de resolución se notificó a la interesada con fecha 21 de septiembre de 2018 (folio 141).

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 136 a 138).

QUINTO. Alegaciones de la interesada en el trámite de audiencia

Por escrito de 11 de octubre de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A. efectuó alegaciones a la propuesta de resolución del Director de Energía en las que, en síntesis, alegó: 1) la prescripción de las infracciones (salvo una); 2) la eventual inconstitucionalidad de los preceptos supuestamente infringidos; y 3) subsidiariamente, la improcedencia de la aplicación de la DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009 a los contratos a mercado libre. Se resumen dichas alegaciones en el orden indicado:

1) Sobre la prescripción de las infracciones

ENDESA ENERGÍA sostiene que todas las infracciones, menos una, han prescrito. La imputada considera cometida la infracción en el momento del «alta» del cliente en sus sistemas informáticos, fecha a partir de la cual la empresa computa el plazo de prescripción, el cual habría transcurrido a fecha

de notificación del acuerdo de incoación. Más en detalle, sus alegaciones pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Que el plazo de prescripción de las infracciones leves en el sector eléctrico es de 2 años y el de las mismas infracciones en el sector gasista de 18 meses. Al respecto de la prescripción debe considerarse aplicable el artículo 30.2 de la Ley 40/2015, a tenor del cual «El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora». El mismo artículo añade, con relación a la interrupción de la prescripción, que «Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora [...]».
- Que, con base en lo anterior, afirma ENDESA ENERGÍA que «en cuanto al dies a quo del cómputo del plazo de prescripción, éste quedará fijado el día en que la infracción se hubiera cometido (ex art. 30.2 LRJSP). Y, puesto que la infracción cuya comisión se imputa a mi representada es el incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de gas y electricidad, en cada caso tendremos que estar a la fecha en que se hubiera producido el alta del contrato, data esta que se configurará como inicial para el cómputo del respectivo plazo de prescripción».
- Que, en cuanto a la fecha final de cómputo ENDESA ENERGÍA señala que la misma será «la fecha de notificación a Endesa Energía del Acuerdo de inicio del presente procedimiento, la cual se produjo el 11 de junio de 2018».
- Que, con fundamento en tales dies a quo (alta del contrato) y dies ad quem (notificación del acuerdo de incoación), ENDESA ENERGÍA analiza cada una de las infracciones imputadas, aportando como justificación de la fecha de alta del contrato capturas de pantalla de sus sistemas informáticos insertadas en los lugares oportunos de su escrito de alegaciones. A partir de dicha fecha determinante del dies a quo, ENDESA ENERGÍA concluye que en todos los casos salvo uno (contrato de suministro nº [...]), la fecha de notificación del acuerdo de incoación es posterior a 2 años (en el caso de los contratos de electricidad) o a 18 meses (en el caso de los suministros de gas natural).

2) Sobre la eventual inconstitucionalidad de las normas infringidas

ENDESA ENERGÍA sostiene que las infracciones cometidas («el incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga la

consideración de infracción grave o muy grave») constituyen tipos sancionadores abiertos y en blanco. Señala al respecto:

- Que los preceptos invocados no determinan con concreción las infracciones a sancionar, sino que dejan al arbitrio de la autoridad sancionadora decidir qué conductas o comportamientos tienen encaje en dicho artículo como infracciones leves.
- Que, si bien el artículo 111.a) con relación al artículo 57 bis, e) de la Ley del Sector de Hidrocarburos permite dotar de cierto contenido a la infracción, no sucede lo mismo al analizar la Ley del Sector Eléctrico.
- Que, en particular, al tipo infractor del artículo 66.1 de la Ley del Sector Eléctrico le sigue la cita del artículo 46.1.b) de la misma Ley, el cual establece la obligación de los comercializadores de «Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo con la normativa reglamentaria que resulte de aplicación», sin que se especifique realmente «cuáles son las obligaciones que corresponden a las comercializadoras con relación a la formalización de los contratos».
- Que la remisión en blanco que contiene el citado artículo 66.1 de la Ley del Sector Eléctrico vulnera el principio de legalidad penal y sancionadora que consagra el artículo 25.1 CE. En particular, vulnera la exigencia de que la norma punitiva «permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor el que las cometa».
- Que la cuestionable remisión de la Ley, a efectos de delimitación material, a la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, no permite dar debido cumplimiento al principio de legalidad garantizado por el artículo 25.1 CE.

3) Sobre la improcedencia de aplicar la Orden ITC/1659/2009

A las anteriores alegaciones añade ENDESA ENERGÍA, subsidiariamente, que no procede la aplicación de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, citada, a los contratos de suministro eléctrico suscritos a mercado libre. Dicha Orden estaría restringida al mecanismo de traspaso al suministro de último recurso.

Con base en lo anterior, ENDESA ENERGÍA solicita que se «declare el archivo de las actuaciones sobre la base de los argumentos consignados en el cuerpo de este escrito».

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

Por medio de escrito de 16 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 161).

SÉPTIMO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. posteriores a la finalización de la instrucción

Con fecha 12 de noviembre de 2018, fecha posterior al cierre de la instrucción, tuvo entrada en la CNMC un escrito de alegaciones complementarias de ENDESA.

Las alegaciones se refieren al CUPS [...], respecto del cual la empresa había manifestado que, debido a un error en el sistema de archivo de documentación, no ha le había sido posible localizar el contrato firmado.

Señala ENDESA ENERGÍA, S.A. que dicho contrato (nº [...]) entró en vigor el 16 de marzo de 2016, «habiéndose producido durante su vigencia 3 modificaciones del mismo, generándose por ello hasta cuatro versiones del mismo contrato». A ello añade que «se ha localizado la documentación contractual relativa a la segunda de las modificaciones producidas en dicho contrato. Dicha modificación se produjo a solicitud del cliente en una oficina comercial de Endesa en fecha 25/01/2017 mediante el nº pedido 3-24380160069, dando lugar a la Versión 3 del contrato tras una modificación de la potencia». ENDESA ENERGÍA acompaña dicha versión del contrato como documento 1.

OCTAVO. Informe de la Sala de Competencia

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

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO. ENDESA ENERGIA, S.A. ha incumplido sus obligaciones en relación con la formalización de 14 contratos de suministro de energía eléctrica, en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. Los 14 contratos se corresponden con los siguientes CUPS de energía eléctrica:

CUPS	TITULAR
[...]	[...]

Este hecho probado resulta de la siguiente documentación, incorporada al expediente:

- Informe de la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 27 de noviembre de 2017, sobre la situación detectada en relación con algunas empresas comercializadoras por no contar con documentación acreditativa alguna del consentimiento expreso por parte del consumidor, dimanante del expediente de supervisión IS/DE/013/16 (folios 1 a 6 del expediente).
- Contenido del escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. de 2 de julio de 2018, en el cual manifiesta que, respecto de los referidos CUPS, no ha sido posible localizar ni aportar al procedimiento copia de la contratación formalizada con el cliente (folios 48 a 67 del expediente).

SEGUNDO. ENDESA ENERGIA, S.A. ha incumplido sus obligaciones en relación con la formalización de 3 contratos de suministro de gas natural, en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. Los contratos se corresponden con los siguientes CUPS de gas:

CUPS	TITULAR
[...]	[...]

Este hecho probado resulta de la siguiente documentación, incorporada al expediente:

- Informe de la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 27 de noviembre de 2017, sobre la situación detectada en relación con algunas empresas comercializadoras por no contar con documentación acreditativa alguna del consentimiento expreso por parte del consumidor, dimanante del expediente de supervisión IS/DE/013/16 (folios 1 a 6 del expediente).
- Contenido del escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. de 2 de julio de 2018, en el cual manifiesta que, respecto de los referidos CUPS, no ha sido posible localizar ni aportar al procedimiento copia de la contratación

formalizada entre el cliente y ENDESA ENERGÍA, S.A. (folios 67 a 73 del expediente).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial 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 imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 66. 1.

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. Puntos de suministro a que se refiere la presente resolución

Según lo indicado, el presente procedimiento sancionador se refiere al incumplimiento de obligaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. en relación con la formalización de los contratos de suministro.

Debe evitarse el equívoco, como más tarde se razona, de considerar que los hechos que dan lugar a la incoación consisten en la falta de consentimiento de los clientes a la contratación efectuada. La presente resolución se refiere a la infracción leve consistente en la falta de formalización de los contratos de suministro, con independencia de que otros indicios pudieran hacer pensar que la contratación fue consentida.

El acuerdo de incoación se refirió a 27 puntos de suministro (21 de electricidad y 6 de gas natural) en los que no se tenía constancia de la formalización de los oportunos contratos.

Frente a dichos 27 CUPS, la presente resolución ha quedado limitada a 17 contrataciones (14 relativas a suministros de electricidad y 3 a suministros de gas), por estos motivos:

- Según señaló la propuesta de resolución, deben aceptarse las alegaciones de ENDESA ENERGÍA con relación a 7 contratos (6 de suministro de electricidad y 1 de gas natural) en los cuales se aportó documento contractual escrito o una grabación telefónica¹.
- Deben aceptarse asimismo las alegaciones efectuadas por ENDESA con ocasión del trámite de audiencia en cuanto a la prescripción de 3 infracciones (1 CUPS eléctrico y 2 CUPS de electricidad).

La resolución se refiere a los 17 CUPS restantes en los que se considera acreditada la infracción.

Mención especial merecen dos supuestos en los que, habiéndose aportado un documento contractual, debe considerarse cometida una infracción. Se trata de los siguientes CUPS:

- [...]. A tenor de las alegaciones de ENDESA, la contratación de suministro de energía eléctrica se dio de alta el 25 de febrero de 2016 (folio 52). ENDESA ENERGÍA, S.A. ha reconocido que le resultó imposible localizar la «copia de la contratación inicial», aunque sí ha aportado un supuesto contrato de 9 de octubre de 2017, relativo a una modificación de potencia. Las alegaciones y documentos aportados por ENDESA ENERGÍA no permiten excluir la existencia de infracción. De un lado, el supuesto contrato aportado (documento 4 del escrito de 2 de junio de 2018), no puede tenerse por válido en tanto no está firmado por la clienta (folio 80). De otro lado, aunque el contrato estuviese firmado, la propia empresa admite que no existe soporte documental de la contratación inicial. Ello bastaría para tener por cometida la infracción

¹ En el caso de las contrataciones de suministro eléctrico, se trata de los siguientes seis CUPS: [...]. El CUPS gasista en que se aportó soporte documental es el [...], respecto del cual se ha aportado la correspondiente grabación telefónica.

consistente en la falta de formalización del contrato de suministro entre la fecha de alta (25 de febrero de 2016) y la fecha del supuesto nuevo contrato (9 de octubre de 2017).

- [...]. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha señalado que el contrato de suministro de energía eléctrica entró en vigor el 16 de marzo de 2016, «habiéndose producido durante su vigencia 3 modificaciones del mismo, generándose por ello hasta cuatro versiones del mismo contrato». La empresa ha localizado una de tales versiones, la segunda, fechada el 25 de enero de 2017, según ha señalado en su escrito de alegaciones complementarias de 8 de noviembre de 2018, presentado una vez cerrada la instrucción. Al respecto, se considera que, en el mejor de los casos, existió infracción de ENDESA ENERGÍA consistente en la falta de formalización de la relación inicial en el período comprendido entre el 16 de marzo de 2016 y el 25 de enero de 2017. Debe mantenerse la imputación en este punto.

TERCERO. Contestación a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A.

Esta resolución analizará las alegaciones de ENDESA ENERGÍA de forma previa a la fundamentación jurídico-material en sentido estricto. Dichas alegaciones se han efectuado en tres escritos diferentes, ya aludidos: uno presentado en respuesta al acuerdo de incoación, otro con ocasión del posterior trámite de audiencia y, el tercero, después de concluir la instrucción. Su contenido puede sintetizarse de este modo:

- 1) Sobre la tramitación del procedimiento.
- 2) Sobre la existencia de consentimiento expreso
- 3) Sobre la ausencia de antijuridicidad
- 4) Sobre la vulneración de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia
- 5) Sobre la prescripción
- 6) Sobre la eventual inconstitucionalidad del tipo sancionador eléctrico
- 7) Sobre la improcedencia de aplicar la Orden ITC/1659/2009

Se contestan dichas alegaciones en el orden anterior:

- 1) Sobre la tramitación del procedimiento

En su escrito de 2 de julio de 2018, ENDESA ENERGÍA, S.A. efectuó alegaciones sobre la tramitación del procedimiento y, en concreto, sobre la ampliación de plazo concedida y sobre la documentación que conforma el expediente.

En primer lugar, señaló que la notificación del acuerdo de incoación adjuntó un documento incompleto, incluyendo únicamente sus páginas impares, de modo que «no fue hasta 4 días después, esto es, el 15 de junio, cuando se recibió copia completa del Acuerdo de Incoación junto a la copia del expediente». Al respecto añadió que «el mismo día 15 de junio en que se nos facilitó copia completa, se nos comunicó una ampliación de plazo de 5 días. No obstante, dicha ampliación fue a contar desde la notificación incompleta del acuerdo de inicio (11/06/2018) y no desde su remisión completa (15/06/2018), constituyendo un claro perjuicio». ENDESA ENERGÍA consideró que con ello se le había producido un perjuicio en tanto no ha dispuesto de tiempo suficiente para preparar sus alegaciones. Por ello, concluyó que «se presentan estas primeras alegaciones sin perjuicio de las alegaciones complementarias que puedan ser presentadas [...] y de propuesta de prueba en fase de propuesta de resolución».

Las alegaciones respecto de la ampliación de plazo deben rechazarse, por no haberse causado a ENDESA ENERGÍA indefensión alguna. De hecho, la imputada no ha reiterado esta alegación en su escrito presentado con ocasión del trámite de audiencia.

En primer lugar, debe aclararse que, una vez detectado el error en la remisión del acuerdo de incoación, se remitió a ENDESA ENERGÍA la documentación completa del expediente, y se accedió a la ampliación de plazo solicitada en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015 (folio 38 del expediente).

Por otro lado, el plazo de alegaciones no resulta preclusivo en sentido de que dé lugar a la privación del trámite correspondiente. ENDESA ENERGÍA pudo haber presentado alegaciones complementarias en cualquier momento anterior al trámite de audiencia. Así lo establece el artículo 53.1.e) de la citada Ley 39/2015, según el cual ENDESA ENERGÍA disponía de la posibilidad de utilizar todos los medios de defensa admitidos en el Ordenamiento jurídico y a «aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución».

Eso mismo resulta del artículo 76 de la Ley 39/2015, ENDESA ENERGÍA, S.A. según el cual pudo haber presentado alegaciones complementarias, así como haber propuesto prueba y aportado cualquier documentación adicional desde la fecha de notificación del acuerdo de incoación hasta la fecha de puesta de manifiesto del expediente y notificación de la propuesta de resolución («Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución»).

ENDESA ENERGÍA, S.A. realizó efectivamente alegaciones por escrito de 11 de octubre de 2018, con ocasión del trámite de audiencia, aportando los documentos e informaciones que tuvo por pertinentes, de conformidad con el artículo 89.2 de la Ley 39/2015, y sin insistir en tal supuesto perjuicio. Es más, ENDESA ENERGÍA ha efectuado alegaciones por escrito de 8 de noviembre de 2018, ya finalizada la instrucción, el cual, lejos de inadmitirse, es objeto de valoración y contestación en la presente resolución.

En segundo lugar, ENDESA ENERGÍA, S.A. ha alegado que «el procedimiento sancionador se incoa sobre la base del resultado del expediente de supervisión IS/DE/013/16. En este sentido, se hace referencia a la Nota de la Jefa de la Unidad de Instrucción de 27/11/2017 [...] cuya información no se acompaña», concluyendo que el expediente está incompleto.

Al respecto se señala que ENDESA ENERGÍA, S.A. incurre en un evidente error de valoración sobre el contenido de la nota interior de la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados, precisamente de fecha 27 de noviembre de 2017 (folio 1 del expediente), dirigida a la Jefa de la Unidad de Instrucción, mediante la cual se adjunta un informe con propuesta de incoación (folios 2 al 6 del expediente); obviamente conteniendo únicamente la información relativa a esa comercializadora en el marco del presente procedimiento sancionador, por razón de la debida confidencialidad de las otras empresas implicadas. Por tanto, no existe tal «Nota de la Jefa de la Unidad de Instrucción de 27/11/2017», de modo que no cabe apreciar que el expediente administrativo esté incompleto, como pretende ENDESA ENERGÍA, S.A.

2) Sobre la existencia de consentimiento

En la alegación primera («Con relación a los HECHOS») del escrito de contestación al acuerdo de incoación, ENDESA ENERGÍA, S.A. incluyó consideraciones sobre la existencia indiciaria de consentimiento de los titulares de los respectivos contratos que fueron objeto de imputación. En el escrito presentado en el trámite de audiencia, la empresa no reiteró esta alegación, aunque sí aludió a la existencia de consentimiento en el suministro objeto del escrito presentado el 8 de noviembre de 2018, una vez finalizada la instrucción.

En todo caso, la alegación debe rechazarse, como se ha adelantado en el fundamento segundo de esta Resolución. La supuesta existencia de consentimiento no afecta a los tipos infractores aplicados, pues lo relevante es la ausencia de formalización de los contratos.

Dichos tipos infractores son el artículo 66.1 de la Ley 24/2013 y el artículo 111.a de la Ley 34/1998. Los mismos no se refieren a la inexistencia de consentimiento del titular respectivo, sino al incumplimiento de las obligaciones de formalización de los contratos, en el sentido de no disponer del respaldo documental que acredite esa formalización.

Por tanto, la eventual existencia de consentimiento que alega ENDESA ENERGÍA, S.A. a partir de otra información y documentación diferente al contrato de suministro, resulta irrelevante a estos efectos. En cambio, es muy relevante lo señalado por ENDESA con relación a los supuestos a los que se refiere esta resolución, respecto de los cuales afirma que, debido a un error en el sistema de archivo de la documentación, no ha localizado los contratos, incluyendo los contratos que debieron formalizar la relación inicial, por mucho que pueda haberse aportado un contrato posterior que modificase dicha relación inicial, como sucedió en los CUPS [...], ambos de suministro eléctrico.

Según lo indicado, al versar la infracción sobre la falta de formalización de los contratos de suministro, la propuesta de resolución aceptó las alegaciones con relación a 7 CUPS en los que se consideró que no existía infracción al haberse aportado la acreditación documental normativamente exigida, bien sea a través de documento contractual escrito o por aportación de la grabación telefónica.

3) Sobre la ausencia de antijuridicidad

En sus escritos de alegaciones, ENDESA ENERGÍA, S.A. consideró que no concurría en este supuesto el principio de antijuridicidad. Es decir, consideró que no existía conducta contraria a la legalidad vigente.

La alegación no puede aceptarse. Existe una conducta antijurídica de ENDESA ENERGÍA, S.A., consistente en el incumplimiento de sus obligaciones sobre la formalización de los contratos de suministro, al no disponer de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, plasmada en el preceptivo contrato, según lo ya señalado.

4) Sobre la vulneración de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia

En sus alegaciones al acuerdo de inicio, ENDESA ENERGÍA, S.A., aludió a la falta del requisito subjetivo de la infracción, debido a la ausencia de intencionalidad. En sentido similar, la imputada consideró que se daba una carencia de motivación en el acuerdo de inicio que resultaba contraria al principio de presunción de inocencia.

Las anteriores alegaciones no pueden admitirse.

En cuanto a la supuesta ausencia de requisito subjetivo de la infracción, si bien dicha infracción cometida por ENDESA ENERGÍA, S.A. no resulta imputable a título doloso, sí se ha manifestado en forma de falta de diligencia exigible. En particular, ENDESA no ha actuado con la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones que le son propias respecto de la formalización de los

contratos de suministro objeto de esta resolución, como se señalará también en el apartado relativo a la culpabilidad de ENDESA, la cual concurre de modo indiscutible.

Por otro lado, no existe lesión alguna del principio constitucional de presunción de inocencia, como pretende la comercializadora. En sus alegaciones al acuerdo de inicio, ENDESA ENERGÍA invocó una supuesta inversión de la carga de la prueba, y afirmó haber tenido que realizar «un esfuerzo absolutamente excesivo para tratar de desvirtuar, en un plazo en todo punto insuficiente, la imputación mantenida por esa Comisión».

En primer lugar, el contenido del acuerdo de incoación es perfectamente claro sobre la infracción imputada, relativa a la falta de formalización de las contrataciones en materia de suministro eléctrico y de gas natural. En particular, el acuerdo señaló que, a partir de la información recabada en un procedimiento de supervisión llevado a cabo, «respecto de ENDESA ENERGÍA, S.A. resulta que se han detectado 21 casos no acreditados en el sector eléctrico y 6 casos no acreditados en el sector gasista, tratándose de cambios de los que el comercializador no aporta documentación alguna que acredite el consentimiento expreso del consumidor». A continuación, se incluyó en el acuerdo una tabla que especificó los 27 CUPS que fueron objeto de la inicial imputación.

El mismo acuerdo especificó, con relación a los hechos objeto de imputación, lo siguiente: «Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en el cambio de comercializador a favor de ENDESA ENERGÍA, S.A. de 21 puntos de suministro de energía eléctrica y 6 puntos de suministro de gas natural de los que la citada comercializadora no ha aportado documentación alguna que acredite el consentimiento expreso del respectivo consumidor».

La descripción no puede ser más motivada y clara.

Asimismo, se desarrolló con todo detalle lo relativo a la tipificación de las infracciones, mediante la siguiente fundamentación (apartado III del acuerdo, folio 9 del expediente):

Esta conducta, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del presente procedimiento, podría ser considerada como 21 infracciones leves establecidas en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, «El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro» y 6 infracciones leves establecidas en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en los mismos términos.

La disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al

suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, establece que *«Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad».*

El artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, dispone que *«En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad».*

En definitiva, resulta inaceptable la alegación de ENDESA ENERGÍA de que el acuerdo de incoación incurrió en defectos de motivación.

Por otro lado, la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A. sobre una supuesta inversión de la carga de la prueba elude de plano la obligación normativa que pesa sobre dicha comercializadora en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, plasmada en el respectivo soporte documental. Tampoco existe lesión alguna de la presunción de inocencia al reclamar a ENDESA ENERGÍA, S.A. la aportación de los documentos contractuales que soporten el correspondiente cambio de suministrador a su favor, en el marco del ejercicio de la función de supervisión atribuida a esta Comisión en el artículo 7.4 de la Ley 3/2013, como queda dicho.

Como es obvio, no se ha imputado ningún incumplimiento a ENDESA ENERGÍA, S.A. en el resto de CUPS seleccionados en el marco del informe de supervisión IS/DE/013/16 ni, desde luego, con relación a los CUPS en los que, finalmente, aportó la formalización requerida.

5) Sobre la prescripción

En las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia, ENDESA ENERGÍA, S.A. ha alegado la prescripción de las infracciones. Señala que la prescripción debe computarse desde que la infracción se considere cometida, de conformidad con el artículo 30.2 de la Ley 40/2015. La comercializadora considera cometida la infracción en la fecha del alta del cliente en sus sistemas informáticos, la cual debe considerarse, a su juicio, fecha inicial de cómputo. Puesta tal fecha en relación con la del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, la empresa concluye que todas las infracciones, menos una, habrían prescrito en fecha anterior a dicho acuerdo.

La alegación de ENDESA ENERGÍA debe acogerse parcialmente, con relación a tres CUPS, como ya se ha adelantado, aunque con un razonamiento muy distinto del que efectúa la empresa.

En particular, se está en este caso ante infracciones permanentes, de modo que la infracción se habría cometido durante el periodo de duración de la relación contractual no formalizada, iniciándose el cómputo prescriptivo desde la fecha de finalización de la conducta infractora. Ello lleva a considerar que 3 de las 20 infracciones que figuraban en la propuesta de resolución habrían prescrito a fecha de inicio del procedimiento sancionador. Se explica con más detalle a continuación.

El artículo 30.2 de la Ley 40/2015, citado por la propia empresa, señala, con relación a las infracciones permanentes, que el plazo prescriptivo comenzará desde que finalizó la conducta infractora:

2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

La condición de infracción permanente resulta, para el sector eléctrico, de la propia redacción de la obligación material prevista en la DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009 a la que remite el artículo 46.g) de la Ley 24/2013. Dicha DA 1ª establece la obligación de los comercializadores de disponer del soporte contractual «en todo momento», es decir, durante todo el tiempo de duración de la correspondiente relación contractual. En idénticos términos se exige, en el

sector gasista, disponer del soporte contractual «en todo momento» (artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002).

Al respecto de las infracciones permanentes, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 (casación 2687/2016) ha declarado que se caracterizan por una única acción antijurídica de carácter duradero: «la infracción permanente no requiere un concurso de conductas ilícitas sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta. STS, de 4 de noviembre de 2013 (recurso 251/2011)».

En el presente caso, según se viene comentando, la infracción consiste en la falta de formalización de los correspondientes contratos de suministro (de electricidad y de gas natural). La fecha a considerar a efectos prescriptivos no es la fecha aislada del alta de los clientes en los sistemas informáticos de ENDESA ENERGÍA, S.A., como señala la empresa. La falta de formalización de una determinada contratación persiste en el tiempo de forma duradera, en tanto la empresa no cumpla con la misma o cese la obligación de formalizar la relación contractual. El plazo de prescripción no se iniciará en tanto la infracción se esté cometiendo.

Esto último resulta, entre otras, de la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2011 (recurso 379/2009), la cual confirmó que el plazo prescriptivo no se inicia hasta el cese de la infracción (en coherencia con el vigente artículo 30.2 de la Ley 40/2015, citado): «esta Sala ha declarado con reiteración, ya desde la SAN, 21 de septiembre de 2001 (Rec. 95/2000), que [las infracciones permanentes] (...) se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo, lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia “al no haber cesado la situación de infracción perseguida” - STS de 18 de febrero de 1985...” . Criterio que también ha sido seguido, entre otras, en las SSAN de 21 de noviembre de 2007 (Rec.117/2006), 11 de diciembre de 2008 (Rec. 574/2007)».

En sentido similar, aunque referido al ámbito del tratamiento de datos personales sin consentimiento con relación a un contrato de suministro eléctrico suscrito por ENDESA ENERGÍA, S.A., cabe referirse a la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2009 (recurso 120/2008). La sentencia declaró que el plazo de prescripción de la infracción «no puede computarse desde que, supuestamente, se contratan los servicios, sino que, tal como hemos señalado, debe computarse desde que se dan de baja los datos de los denunciados en los archivos de la empresa recurrente».

Aplicando a este caso la doctrina de la Sentencia anterior, el cómputo de la prescripción se iniciaría con el cese de la infracción, debido, entre otras causas, a la formalización del contrato o a la finalización de la relación contractual.

No cabe otra interpretación razonable. No sería de recibo considerar que, vigente una relación contractual con un cliente, dicho cliente no tenga derecho a disponer de un contrato en el que se formalice su relación con la empresa más allá de los plazos prescriptivos computados desde la fecha de alta. Es notorio que la relación contractual con una empresa suministradora de energía puede llegar a ser muy prolongada en el tiempo. La propia descripción de la obligación material obliga a disponer del soporte documental de la contratación del suministro eléctrico o de gas natural «en todo momento», como ya se dijo.

En definitiva, la falta de formalización de los contratos de suministro con los clientes por parte de los obligados a ello constituye una infracción de carácter permanente cuyo plazo de prescripción no comienza a computarse hasta que cesa dicha infracción.

Esto último determina que en 3 de los CUPS objeto de la propuesta de resolución (1 de energía eléctrica y 2 de gas natural) deba de considerarse que los hechos estaban prescritos a fecha de incoación del acuerdo de incoación:

- Con relación al [...], ENDESA ENERGÍA, S.A. ha señalado que el contrato estuvo vigente hasta el 5 de abril de 2016, según acreditó con una captura de pantalla de sus sistemas informáticos (folio 148). Así pues, el plazo prescriptivo de 2 años para las infracciones leves del sector eléctrico habría transcurrido el 5 de abril de 2018, fecha anterior a la del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.
- En cuanto al [...] la empresa ha señalado que el contrato de suministro de gas natural estuvo en vigor hasta el 20 de septiembre de 2015. A partir de esa fecha debe computarse el plazo prescriptivo de 18 meses, que habría transcurrido a fecha del acuerdo de incoación.
- El contrato relativo al [...] estuvo en vigor hasta el 24 de julio de 2016. El plazo prescriptivo de 18 meses aplicable en el sector gasista para las infracciones leves obliga a considerar la infracción prescrita a fecha de incoación del procedimiento.

6) Sobre la eventual inconstitucionalidad del tipo infractor eléctrico

En el escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, ENDESA ENERGÍA, S.A. se ha referido a la posible inconstitucionalidad de los tipos infractores que le son imputados, con especial referencia al tipo sancionador previsto en la Ley del Sector Eléctrico.

Según se ha señalado en el antecedente quinto, ENDESA sostiene que las infracciones cometidas constituyen tipos sancionadores abiertos y en blanco que incumplen el principio de legalidad, por los siguientes motivos:

- no determinan con concreción las infracciones a sancionar, sino que dejan al arbitrio de la autoridad sancionadora decidir qué conductas o comportamientos tienen encaje en dicho artículo como infracciones leves. Así sucedería particularmente con el tipo infractor del artículo 66.1 de la Ley del Sector Eléctrico en relación con el artículo 46.1.b) de la misma Ley, el cual establece la obligación de los comercializadores de «Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo con la normativa reglamentaria que resulte de aplicación», sin que se especifique realmente «cuáles son las obligaciones que corresponden a las comercializadoras con relación a la formalización de los contratos».
- la remisión en blanco que contiene el citado artículo 66.1 de la Ley del Sector Eléctrico vulnera el principio de legalidad penal y sancionadora que consagra el artículo 25.1 CE, en su vertiente material, siendo insuficiente a tal efecto la remisión de la Ley, a efectos de delimitación material, a la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio.

Ninguna de tales alegaciones acerca de los principios de legalidad y de tipicidad puede prosperar.

Debe recordarse que a ENDESA ENERGÍA se le imputan diversas infracciones en materia de formalización de contratos de suministro de energía por no haber aportado el correspondiente soporte documental formalizado con el cliente. Así lo ha reconocido expresamente la empresa. En vista de ello, no hay duda alguna sobre el incumplimiento de la obligación de formalizar los contratos. En esas circunstancias de falta alguna de soporte contractual, no se entienden bien las alegaciones de ENDESA sobre la falta de especificación en la Ley sobre «cuáles son las obligaciones que corresponden a las comercializadoras en relación con la formalización de los contratos [de electricidad]».

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco puede aceptarse que los tipos infractores imputados vulneren el principio de legalidad en su vertiente material por falta de claridad de las infracciones imputadas: las obligaciones por las que se ha sancionado resultan perfectamente claras.

Así lo reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A. para las infracciones en materia de formalización del consentimiento en el sector gasista, cuando afirma que el artículo 57.bis e) de la Ley 34/1998 «permitiría dotar de cierto contenido al tipo infractor [artículo 111.a] y con el que podría llegar a considerarse garantizado el contenido del artículo 25.1 CE».

Sin embargo, la imputada afirma que no se puede llegar a la misma conclusión al analizar la Ley del Sector Eléctrico, y el particular el artículo 46.1.g).

Esta alegación de ENDESA ENERGÍA no puede aceptarse. El artículo 46.1.g) establece de forma manifiesta la obligación de formalizar un contrato con el consumidor: «g) Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación [...]».

El desarrollo reglamentario de dicha previsión figura en la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, según la cual, a efectos de formalización del consentimiento, será válido cualquier medio contrastable que permita comprobar la identidad del cliente, incluido el soporte electrónico («Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente»).

Recordemos que, en las infracciones aquí imputadas, ENDESA ENERGÍA no ha aportado soporte contractual alguno, ni electrónico ni de ningún otro tipo, que acredite el consentimiento expreso obtenido a su favor.

Resulta relevante, asimismo, para el caso de los consumidores domésticos, el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, perfectamente claro en lo relativo al contenido de tales contratos de suministro:

Los contratos de acceso a las redes suscritos por empresas distribuidoras y los contratos de suministro suscritos por empresas suministradoras de electricidad, cuando dichos contratos sean suscritos con clientes domésticos deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

a) Los contratos deberán tener claramente especificados los siguientes datos: la identidad y la dirección de la empresa distribuidora o suministradora;

la duración del contrato, las condiciones para su renovación y las causas de rescisión y resolución de los mismos, así como el procedimiento para realizar una u otras;

el procedimiento de resolución de conflictos establecido por el suministrador y Organismos o Tribunales a los que corresponde dirimir sobre su resolución;

el código unificado de punto de suministro, número de póliza del contrato de acceso o de suministro y potencias contratadas;

la información sobre precios y tarifas aplicables y, en su caso, disposición oficial donde se fijen los mismos. Esta información deberá estar permanentemente actualizada a través de la facturación;

el nivel de calidad mínimo exigible en los términos establecidos en el presente Real Decreto y las repercusiones en la facturación que correspondan en caso de incumplimientos;

los plazos para la conexión inicial establecidos en el presente Real Decreto;
otros servicios prestados, incluidos en su caso los servicios de mantenimiento que se propongan, de acuerdo con la normativa vigente;

b) Las condiciones incluidas en los contratos deberán adecuarse a lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos con los consumidores y deberán comunicarse antes de la celebración o suscripción de los mismos, bien se realice directamente o a través de terceros.

c) En contratos suscritos en el mercado libre se incluirá además, sin perjuicio de lo establecido en la normativa general sobre contratación, lo siguiente:

1.º Las posibles, penalizaciones en caso de rescisión anticipada del contrato de duración determinada por voluntad del consumidor.

2.º Diferenciación entre los precios y condiciones del contrato y su plazo de vigencia y los de carácter promocional.

d) Los consumidores deberán ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a resolver el contrato sin penalización alguna cuando reciban el aviso.

En definitiva, no cabe aceptar en modo alguno la supuesta indeterminación de los tipos infractores imputados a ENDESA ENERGÍA. No solo dicha compañía no ha aportado soporte alguno que acredite la contratación y el consentimiento expreso del cliente a su favor, sino que las obligaciones de formalización de los contratos están perfectamente definidas en la normativa sectorial tanto gasista (como la propia empresa reconoce) como eléctrica.

7) Sobre la improcedencia de aplicar la Orden ITC/1659/2009

ENDESA ENERGÍA, S.A. sostiene la improcedencia de aplicar la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, *por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica*, a los contratos de suministro eléctrico suscritos a mercado libre. Dicha Orden estaría restringida al mecanismo de traspaso al suministro de último recurso.

No parece necesario detenerse en exceso en esta alegación para señalar los motivos por los que no procede admitirla.

En primer lugar, debe aclararse que, si bien el articulado de la norma se refería esencialmente al suministro de último recurso, no limitaba sus términos a este tipo de suministro, pues en lo relativo a la estructura de peajes se refería también a consumidores y comercializadores a mercado libre (artículo 1. 2º)².

² Debe aclararse que la Orden ITC/1659/2009 ha sido derogada por la el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios

Por otro lado, como bien sabe ENDESA ENERGÍA, la parte final de una norma, y singularmente las disposiciones adicionales, suelen emplearse para incluir contenidos ajenos o sin estricta relación con el articulado. Dicho de otro modo, que el articulado de la Orden ITC/1659/2009 se refiriese al régimen jurídico del suministro de último recurso, no obsta a que las disposiciones adicionales de esa norma pudieran tratar cuestiones ajenas a dicho estricto ámbito material. Así, por ejemplo, además del modo de acreditar el consentimiento en contratos de suministro, la Orden se refería a otras cuestiones ajenas al mecanismo de último recurso, tales como la retribución del Operador del Mercado para 2009 (DA 6ª), la presentación de ofertas de adquisición en el mercado diario por parte de titulares de instalaciones de generación que hubiesen suscrito contratos bilaterales con entrega física de energía, (DA 7ª), o la obligación del Operador del Sistema de remitir un informe sobre el grado de cumplimiento de los contratos de interrumpibilidad (DA 8ª).

Finalmente, los criterios de interpretación de las normas previstos en el artículo 3.1 del Código Civil llevan a concluir que la norma pretende extenderse a todo contrato de suministro, tanto libre como regulado.

En primer lugar, de la literalidad de la DA 1ª resulta su aplicación a todo contrato, incluidos los contratos a mercado libre. La DA 1ª no limita sus términos a los consumidores de último recurso. Al contrario, la misma está redactada en términos generales, de modo que debe entenderse aplicable a todo contrato de suministro de energía eléctrica. Obsérvese que el articulado de la Orden ITC/1659/2009 distingue entre «comercializadores de último recurso» y «comercializadores» cuando resulta procedente (arts. 1, 4.2, 4.3, 9.2, etc.). Lo mismo sucede con los consumidores o clientes, en los que el articulado aclara, cuando debe, su condición de consumidores «de último recurso». Sin embargo, la DA 1ª no se refiere a comercializadores o clientes «de último recurso», lo que únicamente puede interpretarse como la voluntad de afectar a todos los suministros, tanto libres como regulados:

Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, a salvo de cierto contenido entre el que figura la DA 1ª aquí comentada.

También una interpretación contextual lleva a concluir que la norma pretende incluir los contratos a mercado libre. La DA 1ª comentada tiene una redacción equivalente a la correspondiente obligación de formalización de los contratos de gas natural, prevista en el artículo 44.g) del Real Decreto 1434/2002, sobre cuya aplicación en contratos a mercado libre no cabe duda alguna³. En vista de ello, solo puede concluirse que el Gobierno ha querido regular de forma análoga la formalización de todo contrato en ambos sectores, eléctrico y gasista. No tendría sentido alguno que en el sector gasista la norma se aplicase a todo tipo de contratos y que una disposición análoga para el sector eléctrico fuese aplicable únicamente al suministro a precio regulado.

La interpretación que aquí se sostiene es también la más conforme con el espíritu de la norma (artículo 3.1 CC). Desde el punto de vista de la formalización de una relación contractual, ninguna diferencia existe entre un contrato a precio libre y otro a precio regulado. La única interpretación razonable es que la norma establezca requisitos formales para las contrataciones de todo suministro eléctrico. La distinción entre unos y otros no tendría sentido alguno desde el punto de vista de la técnica normativa. Así, resulta inconcebible interpretar, por ejemplo, que en los contratos de último recurso fuese posible un soporte electrónico como modo de formalización de la contratación y que, en cambio, dicho soporte no pudiese aceptarse en la contratación a mercado libre.

CUARTO. Tipificación de los hechos probados

1) Tipificación respecto de los CUPS de energía eléctrica:

El artículo 66.1 de la Ley del Sector Eléctrico tipifica como infracción leve «El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave».

³ Artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002: «En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad».

El artículo 46 de la citada 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 empresa comercializadora la titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, corresponde a la empresa no sólo 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, sino también la adecuada formalización del correspondiente contrato y el cumplimiento de las obligaciones establecidas normativamente en relación con dicha formalización.

Al respecto, debe señalarse que la ya citada disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, exige la formalización del oportuno contrato por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del cliente⁴. En consecuencia, pesa sobre el comercializador la obligación de formalizar con su cliente el correspondiente contrato de suministro, debiendo además disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. Para el caso de los consumidores domésticos, el contenido mínimo de los contratos figura detallado en el artículo 110 ter Real Decreto 1955/200, según lo ya comentado.

Como consta en el hecho probado primero de la presente resolución, ENDESA ENERGIA, S.A. ha incumplido sus obligaciones en relación con la formalización de 14 contratos de suministro de energía eléctrica, en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor.

Ello, verificado en primera instancia por esta Comisión en el ejercicio de la función de supervisión establecida en el artículo 7.4 de la Ley 3/2013, en concreto de velar por el cumplimiento de la normativa y de los procedimientos que se establezcan en relación con los cambios de comercializador, según consta en el Informe de la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 27 de noviembre de 2017, sobre la situación detectada en relación con algunas

⁴ DA 1ª, citada: «Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad».

empresas comercializadoras por no contar con documentación acreditativa alguna del consentimiento expreso por parte del consumidor, dimanante del expediente de supervisión IS/DE/013/16 (folios 1 a 6 del expediente).

Asimismo, ENDESA ENERGÍA, S.A. ha reconocido en su escrito de alegaciones de fecha 2 de julio de 2018 que, respecto de los referidos 14 CUPS de energía eléctrica, no le ha sido posible localizar y por tanto aportar al procedimiento, copia de la contratación formalizada con el respectivo cliente.

Por consiguiente, se concluye que concurre una conducta típica en cada uno de los 14 casos detectados de CUPS de energía eléctrica, por cuanto ENDESA ENERGÍA, S.A. ha incumplido en esos casos sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro, habiendo cometido, en consecuencia, 14 faltas leves tipificadas en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

2) Tipificación respecto de los CUPS de gas natural:

El artículo 111 a) de la Ley del Sector de Hidrocarburos tipifica como infracción leve «El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave».

El artículo 57 bis e) de la citada Ley establece como derecho de los consumidores tener un contrato con el comercializador en el que se especifique la identidad y la dirección del suministrador, los servicios prestados, el nivel de calidad propuesto y la duración del contrato, las condiciones para la renovación y la rescisión de los servicios y del propio contrato, entre otros extremos.

Al igual que lo antes argumentado sobre los CUPS de energía eléctrica, la mención por la Ley 34/1998 del derecho del consumidor a tener un contrato con la empresa comercializadora de gas natural, pone de manifiesto que es la empresa comercializadora la titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, corresponde a la empresa no sólo 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, sino también la adecuada formalización del correspondiente contrato y el cumplimiento de las obligaciones establecidas normativamente en relación con dicha formalización.

El artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, dispone, en términos análogos a la DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009, lo siguiente:

En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

En consecuencia, pesa sobre el comercializador de gas natural la obligación de formalizar con su cliente el correspondiente contrato de suministro, debiendo además disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor.

Como consta en el hecho probado segundo de la presente resolución, ENDESA ENERGÍA, S.A. ha incumplido sus obligaciones en relación con la formalización de 3 contratos de suministro de gas natural, en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor.

Así fue verificado en primera instancia por esta Comisión en el ejercicio de la antes citada función de supervisión, plasmada en el Informe de la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 27 de noviembre de 2017.

Asimismo, ENDESA ENERGÍA, S.A. ha reconocido en su escrito de alegaciones de fecha 2 de julio de 2018 que, respecto de los referidos 3 CUPS de gas natural, no le ha sido posible localizar y por tanto aportar al procedimiento, copia de la contratación formalizada con el respectivo cliente.

Por consiguiente, se concluye que concurre también una conducta típica en cada uno de los 3 casos detectados de CUPS de gas natural, por cuanto ENDESA ENERGÍA, S.A. ha incumplido en esos 3 casos sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro, habiendo cometido, en consecuencia, 3 faltas leves tipificadas en el artículo 111 a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

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 una empresa comercializadora 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 de la comercializadora, 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, plasmada en el correspondiente contrato.

La formalización del contrato se constituye así en una obligación de la empresa comercializadora, a la que se suma también la obligación de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor (disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 y artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002). El cumplimiento de estas obligaciones debe estar respaldado por una actuación suficientemente diligente por parte de la comercializadora.

En el presente procedimiento ha quedado expuesta 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 formalizar el correspondiente contrato de suministro y de disponer, en todo momento, de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor.

Procede, en consecuencia, rechazar la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A. relativa a la vulneración del principio básico de culpabilidad, en cuanto argumenta que «no puede apreciarse la concurrencia del incumplimiento que se le imputa a mi representada y, por tanto, menos aún la existencia de algún tipo de intencionalidad para la ejecución de un supuesto hecho ilícito». Como ha quedado motivado, concurre una conducta antijurídica y culpable, si bien no imputable a título doloso, sí manifestada en la falta de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones que le son propias respecto de la formalización de los contratos de suministro.

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 reprobabilidad 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 en el presente caso y respecto de las 17 infracciones leves cometidas 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 las actuaciones en cuestión derivan del ejercicio de una función de supervisión de esta Comisión en el que se requirió a ENDESA ENERGÍA, S.A. más información, resultando finalmente que en 21 CUPS de energía eléctrica y en 6 CUPS de gas natural no aportó documentación que soportase la formalización del correspondiente contrato. En este sentido y a diferencia de otros procedimientos sancionadores de similar naturaleza, también se toma en consideración que no existe denuncia previa del titular del suministro respecto del cambio de suministrador.

La propuesta de resolución señaló que «No se ha estimado necesario recabar el importe neto anual de la cifra de negocios de ENDESA ENERGÍA, S.A., puesto que se considera que el importe de la multa que se propone por cada una de las veinte infracciones cometidas queda obviamente por debajo del porcentaje señalado, sin perjuicio de la alegación que, de contrario, se pudiera presentar», sin que la imputada haya efectuado consideraciones en tal sentido. En cualquier caso, dicho importe debe considerarse en relación con la cuantía

de las multas aquí impuestas, de modo que la misma queda comprendida en el 5% 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 esta resolución- y la comisión de la infracción por una culpa negligente pero no dolosa de la infractora, se impone una multa de diez mil (10.000) 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 ENERGÍA S.A. es responsable de la comisión de 14 infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de energía eléctrica correspondientes a los 14 CUPS que constan en el hecho probado primero de la presente resolución.

SEGUNDO. Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por cada una de las 14 infracciones leves antes referidas, de modo que el importe agregado de las 14 sanciones asciende a la cantidad de ciento cuarenta mil (140.000) euros.

TERCERO. Declarar que la empresa ENDESA ENERGÍA S.A. es responsable de la comisión de 3 infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de gas natural correspondientes a los 3 CUPS que constan en el hecho probado segundo de la presente resolución.

CUARTO. Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por cada una de las 3 infracciones leves referidas, de modo que el importe agregado de las 3 sanciones asciende a la cantidad de treinta mil (30.000) euros.

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.