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

SNC/DE/111/17

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 28 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, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Escrito de denuncia

El 16 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC el escrito de una asociación dando traslado de la reclamación de un particular contra ENDESA ENERGÍA, S.A (o ENDESA) y contra ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. (o ENDESA ENERGÍA XXI) por el que se denuncian determinadas actuaciones en relación con el suministro de energía eléctrica a su domicilio.

Los datos del punto de suministro afectado son los siguientes:

Titular: [...].

Dirección: [...].

CUPS: [...].

El contenido de la denuncia es el siguiente:

El titular del punto de suministro suscribe el 10 de septiembre de 2014 un contrato de suministro de electricidad en mercado libre con ENDESA en una oficina de la compañía. En fecha 10 de octubre de 2014, y en la misma oficina, de forma presencial, solicita contratar con la compañía ENDESA ENERGIA XXI SLU la tarifa de bono social por disponer de una potencia inferior a 3 kW. Este cambio no se realizó hasta el 27 de octubre de 2015 en que el reclamante suscribió nuevo contrato con esta comercializadora.

SEGUNDO. Actuaciones previas

El 29 de marzo de 2017, con base en la reclamación presentada, el Director de Energía, en ejercicio de las funciones de instrucción de expedientes que le atribuye el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, en el ámbito de las competencias de la CNMC de supervisión y control de los sectores energéticos, procedió a dictar acuerdo de apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso.

En la misma fecha, se requirió, tanto a ENDESA como a ENDESA ENERGÍA XXI a fin de que aportasen los documentos contractuales, u otra acreditación del consentimiento del consumidor al cambio de comercializador, así como las facturas generadas, y fechas de alta y baja en los contratos. Igualmente, se les solicitó que acreditasen el historial de comunicaciones con el consumidor y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente y, en particular, el motivo por el que no se realizó el contrato con el consumidor en fecha 10 de octubre de 2014, cuando solicitó el bono social por tener una potencia inferior a 3 kW.

Ambas sociedades, tras solicitar ampliación del plazo, que le fue concedida, y mediante escritos que tuvieron entrada ambos el 17 de mayo de 2017, contestaron al requerimiento de información en los siguientes términos:

ENDESA indica que el 10 de septiembre de 2014 el consumidor contrató suministro y asistencia técnica con ENDESA de forma presencial, y los contratos estuvieron en vigor desde el 6 de octubre de 2014 hasta el 14 de octubre de 2014, causando baja por cambio de comercializadora. Que, no obstante, el 5 de septiembre de 2014, el mismo consumidor había solicitado contratar el suministro de energía eléctrica para el mismo domicilio, por lo que, de forma electrónica se formalizó contrato que estuvo en vigor desde 28 de octubre de 2014 hasta el 26 de octubre de 2015, fecha en que, indica ENDESA, causó baja por cambio de comercializadora. Añade ENDESA diversas consideraciones acerca de la ausencia de regulación específica en el sector eléctrico de la contratación electrónica, aporta copia de las facturas emitidas, y añade, respecto a las comunicaciones con el denunciante, que el 19

de noviembre de 2015 recibió escrito de la asociación denunciante, reclamando disconformidad con la contratación y solicitando la baja sin coste alguno para el usuario, habiéndose respondido por ENDESA que el contrato de suministro ya estaba dado de baja con fecha 26 de octubre de 2015 por cambio de comercializador.

ENDESA ENERGÍA XXI, por su parte, indica que el 10 de octubre de 2014 el consumidor contrató el suministro con la tarifa de bono social, de forma presencial, y el contrato estuvo en vigor del 15 de octubre de 2014 al 27 de octubre de 2014, cursando baja por cambio de comercializadora. Que, no obstante, en fecha 27 de octubre de 2015, en la misma oficina comercial, el consumidor solicitó de nuevo contratar con ENDESA ENERGÍA XXI la tarifa de bono social, por disponer de potencia inferior a 3 kW, generándose contrato de suministro que sigue en vigor actualmente. Aporta copia de las facturas. Respecto a las comunicaciones con el consumidor, indica haber recibido el 19 de noviembre de 2015 reclamación de la asociación denunciante relativa a la aplicación del bono social, la cual fue cerrada por improcedente pues se comprobó que, durante el periodo en que el cliente ha estado con contrato en vigor con ENDESA ENERGÍA XXI, se le han aplicado las condiciones de bono social.

A tenor de las informaciones recibidas y las facturas aportadas, el consumidor titular del punto de suministro en San Fernando (Cádiz) que se identifica como CUPS: [...], habría disfrutado de la tarifa de bono social con ENDESA ENERGIA XXI, por los días comprendidos entre 15 de octubre y 24 de octubre de 2014, siendo a partir de 28 de octubre de 2014, y hasta 27 de octubre de 2015, facturado por ENDESA en contrato de mercado libre denominado “*Tarifa one luz*”, con pérdida durante todo un año del disfrute del derecho al bono social, el cual no fue recuperado por el consumidor hasta el día 27 de octubre de 2015, fecha en que suscribió nuevo contrato de TUR Bono social con Endesa Energía XXI. Tales informaciones configuran indicios de incumplimiento de las obligaciones de las empresas comercializadoras de aplicación de las medidas de protección al consumidor, concurriendo en este caso la condición de consumidor vulnerable.

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador

Vistos los citados Antecedentes, y de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («Ley 39/2015») y artículos 76 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 23 f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, el Director de Energía acordó, con fecha 31 de enero de 2018 incoar procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGIA S.A.U., en su condición de empresa comercializadora de energía eléctrica y contra

ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. en su condición de comercializadora de referencia, como personas jurídicas presuntamente responsables, por autoría y colaboración necesaria, respectivamente, de los hechos siguientes:

“Aplicación al titular del punto de suministro identificado como CUPS: [...] de una tarifa en mercado libre por la comercializadora ENDESA ENERGIA por el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 2014 y el 27 de octubre de 2015, privando al consumidor de su derecho al bono social del que había disfrutado entre los días 14 y 27 de octubre de 2014. Este derecho no fue recuperado por el consumidor hasta el 27 de octubre de 2015 fecha en que fue suscrito contrato de TUR Bono social con ENDESA ENERGA XXI. La situación se mantuvo de forma no interrumpida, por el espacio de un año comprendido entre las mencionadas fechas 27 de octubre de 2014 y 27 de octubre de 2015.”

Tales hechos se precalificaban en el acuerdo de incoación como presuntamente constitutivos de una infracción grave prevista en el artículo 65. 25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, *“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables”*.

CUARTO. Notificación del procedimiento y ampliación de plazo

El acuerdo de incoación fue notificado a ambas sociedades interesadas en fechas respectivas 21 de febrero de 2018 (ENDESA) y 16 de febrero de 2018 (ENDESA ENERGÍA XXI). Ambas sociedades solicitaron acceso al expediente y ampliación del plazo conferido para alegaciones, lo que fue concedido mediante sendos acuerdos de fecha 2 de marzo de 2018.

QUINTO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA XXI

Mediante escrito de 18 de marzo de 2018 que tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC ese mismo día, ENDESA ENERGÍA XXI S.L. formuló las siguientes alegaciones:

Como alegación primera y bajo el epígrafe *“Con relación a los hechos”*, se afirma la existencia de voluntad de contratar y ausencia de falta de consentimiento ya que **1º)** Con fecha 5-09-2014 el consumidor solicitó contratar, a través de la web www.endesaonline.com (en la actualidad

www.endesaclientes.com) el suministro eléctrico con dicha mercantil (ENDESA ENERGÍA S.A.U.). **2º)** No obstante, 5 días después, esto es el 10-09-2014 el mismo consumidor acudió a las oficinas de ENDESA procediendo a realizar una nueva solicitud de contratación. Con ocasión de ésta se generó el contrato de electricidad nº [...] el cual entró en vigor en fecha 6-10-2014, cursando baja el 14-10-2014 por cambio de comercializadora. **3º)** En fecha 10-10-2014 el consumidor acudió a las oficinas de ENDESA y contrató el suministro eléctrico con ENDESA ENERGÍA XXI con la tarifa TUR bono social. Con ocasión de esta contratación se generó el contrato [...] el cual se activó el 15-10-2014, permaneciendo en vigor hasta el 27-10-2014, fecha en la que se dio de baja por cambio de comercializadora. La baja en fecha 27-10-2014 de este contrato [...] se produjo con ocasión de la activación del contrato inicialmente suscrito vía internet en fecha 5 de septiembre. No consta en el expediente que dicha solicitud de contratación realizada vía internet con ENDESA ENERGÍA S.A.U. el 5-09-2014 fuese cancelada, con lo que parece que siguió su curso, llegando a generarse el contrato eléctrico número [...], el cual entró en vigor el 28-10-2014, provocando la baja en fecha 27-10-2014 del contrato suscrito con ENDESA ENERGÍA XXI. El contrato permaneció vigente un año hasta el 26-10-2015, cuando causó baja de nuevo, por cambio de comercializadora. Destaca, en particular, que el reclamante no hizo referencia alguna en su reclamación al hecho de haber solicitado una contratación vía internet el 5/09/2014. **4º)** Transcurrido un año de vigencia del contrato con ENDESA ENERGÍA S.A.U. el consumidor solicitó de nuevo en las oficinas de Endesa la contratación del suministro con ENDESA ENERGÍA XXI la tarifa TUR Bono Social, contrato que sigue en vigor.

Como alegación segunda, y bajo el epígrafe “*Vulneración de los principios básicos de tipicidad y antijuridicidad*” afirma que la sociedad ENDESA ENERGÍA XXI no es responsable de la pérdida del bono social por este consumidor, y que ni la actuación de dicha sociedad se ajusta al tipo descrito en art. 65.25 de la LSE, ni constituye una conducta antijurídica.

En cuanto al supuesto incumplimiento de las obligaciones del art 65.25 de la LSE se alega que no se identifican los motivos por los que dicha sociedad habría incumplido el artículo 46.1 apartado o) de la LSE. Añade que cumple con lo estipulado por dicho precepto ya que dispone de un servicio de atención y contratación, así como de incidencias y averías, poniendo a disposición de los clientes un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, así como dirección postal y de correo electrónico, lo que se acredita mostrando página web de la compañía ENDESA, extracto de las condiciones generales del contrato de suministro, y de la factura. Prosigue indicando que puso a disposición de este cliente dichos servicios, y que no está acreditado que los mismos no funcionaran correctamente.

Respecto a la activación en fecha 28-10-2014 del contrato con ENDESA ENERGÍA S.A.U. que motivó la baja del previo contrato con ENDESA

ENERGÍA XXI y la pérdida del bono social, no es imputable a ésta, y se alega que no se identifican los motivos concretos por los que se imputa a esta sociedad haber dejado de aplicar alguna medida de protección al consumidor.

Como alegación tercera y bajo el epígrafe “*Vulneración del principio básico de culpabilidad*” se hace referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la exigencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, y se afirma que no cabe apreciar culpabilidad en la actuación de esta entidad. Alega la diligencia y buena fe de la misma, ya que ha aplicado a este consumidor los descuentos por bono social tanto durante la corta vigencia del contrato [...], como tras la activación del contrato [...], en vigor desde 27/10/2015.

Como alegación cuarta y bajo el epígrafe “*Vulneración de los principios constitucionales de derecho a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia*”, alega que en el artículo 65.25 de la LSE se contemplan dos posibles tipologías de infracción (el mantenimiento y correcto funcionamiento de los sistemas de atención comercial, y la aplicación de medidas de protección al consumidor) y se añade que respecto a ninguno de ambos ha sido identificada la obligación incumplida, lo que resulta obligado según artículos 64.2 b) y 53.2 a) de la Ley 39/2015. Prosigue que la identificación aparente del hecho y del artículo que recoge la posible infracción no es suficiente ya que genera inseguridad jurídica y una posible discrecionalidad en el resultado, mermando el derecho a la defensa, y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, y el de presunción de inocencia en la medida que impone a la sociedad imputada la carga de probar que las dos infracciones o una de ellas no le son imputables. Hace mención de determinada Sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la carga de la prueba, e insiste en que corresponde a la Administración probar el incumplimiento imputado y que cualquier insuficiencia probatoria debe conducir al archivo del expediente sancionador.

Concluye su escrito solicitando el archivo de las actuaciones.

SEXTO. Alegaciones de ENDESA al acuerdo de incoación

Con fecha 23 de marzo de 2018 tuvo entrada, a su vez, escrito de la misma fecha de la sociedad ENDESA mediante el que formula Alegaciones al acuerdo de incoación de contenido similar a las formuladas por ENDESA ENERGÍA XXI, y en las que, respecto a los hechos imputados en el presente procedimiento se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

1º. Con fecha 5-09-2014 el consumidor solicitó contratar, a través de la web www.endesaonline.com (en la actualidad www.endesaclientes.com) el suministro eléctrico con ENDESA ENERGIA S.A.U. Señala la circunstancia de

que el denunciante no hace referencia en su reclamación a esta solicitud de contratación.

2º. No obstante lo anterior, 5 días después, esto es, el 10/09/2014, el mismo consumidor acudió a las oficinas de ENDESA procediendo a realizar una nueva solicitud de contratación, y sin advertir o solicitar la cancelación de la contratación online anterior que se encontraba en curso. Con ocasión de ésta se generó el contrato de electricidad nº [...] el cual entró en vigor en fecha 6-10-2014, cursando baja el 14-10-2014 por cambio de comercializadora.

3º. En fecha 10-10-2014 el consumidor acudió a las oficinas de ENDESA y contrató el suministro eléctrico con ENDESA ENERGÍA XXI con la tarifa TUR bono social. Con ocasión de esta contratación se generó el contrato [...] el cual se activó el 15-10-2014, permaneciendo en vigor hasta el 27-10-2014, fecha en la que se dio de baja por cambio de comercializadora.

4º Toda vez que no consta que el consumidor solicitara la cancelación de la contratación realizada vía internet con ENDESA en fecha 5/09/2014, pese a, como se ha indicado, haber realizado una nueva contratación con la misma compañía 5 días después, dicho contrato llegó a activarse entrando en vigor el 28/10/2014, (contrato de suministro eléctrico número [...]). Dicho contrato número [...] permaneció vigente un año hasta el 26/10/2015, cuando causó baja de nuevo, por cambio de comercializadora.

5º Transcurrido un año de vigencia del contrato con ENDESA, el consumidor solicitó de nuevo, en las oficinas de ENDESA la contratación del suministro con ENDESA ENERGÍA XXI, con tarifa TUR Bono Social, generándose el contrato de electricidad nº [...] contrato que sigue en vigor desde el 27/10/2015.

Tales hechos, según manifiesta ENDESA acreditan la voluntad de contratar y la ausencia de falta de consentimiento, no siendo imputable a ENDESA la pérdida de bono social del cliente, el cual, según se indica, permaneció hasta un año con la compañía sin que conste en el expediente ninguna reclamación al respecto.

Como alegaciones Segunda, Tercera y Cuarta, ENDESA expone en su escrito los mismos argumentos, y bajo los mismos epígrafes, que los expuestos por ENDESA ENERGÍA XXI en su escrito y que se han resumido anteriormente, por lo que no es necesaria su reproducción aquí, sin perjuicio de las referencias que a los mismos hayan de hacerse en el curso de la presente resolución.

.

SÉPTIMO. Propuesta de resolución

Con fecha 8 de octubre de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución, en los siguientes términos:

Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que las sociedades ENDESA ENERGIA S.A.U. Y ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. son responsable de una infracción grave del artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su incumplimiento de las medidas de protección a los consumidores.

SEGUNDO. Imponga a cada una de ambas sociedades una multa de ciento cincuenta mil (150.000) euros.

La propuesta de resolución se notificó a las empresas con fecha 11 de septiembre de 2018 (folios 978 y 979).

Asimismo, se les comunicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC, disponían 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.

OCTAVO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA XXI en el trámite de audiencia

Por escrito de 26 de octubre de 2018 ENDESA ENERGÍA XXI efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución en las que, en síntesis, alegó: 1) Inexistencia de la infracción; 2) Vulneración del principio de personalidad; 3) Prescripción; 4) Falta de motivación. Se resume a continuación:

- 1) **Inexistencia de infracción:** Que no existe infracción cometida por ENDESA ENERGÍA XXI, lo cual se fundamenta, a su vez, en las siguientes razones:
 - a. Imputación formulada en la propuesta: Que el presente procedimiento parece dirigirse principalmente contra ENDESA ENERGÍA, S.A.U. si bien tangencialmente se hace responsable a ENDESA ENERGÍA XXI, a quien no se le puede hacer ningún reproche.

- b. Consentimiento otorgado por el cliente a ENDESA: Que ENDESA ENERGÍA XXI no intervino en el proceso de contratación iniciado por el cliente con ENDESA, limitándose a aceptar la baja por cambio de comercializadora. Asimismo, señala que parece evidente que ENDESA realizó la contratación al amparo de una solicitud expresa presentada el 5/9/2014 a través de la web, no prescindiendo en ningún caso de la voluntad del cliente. Que el cliente no le indicó nada en relación con un proceso de contratación que tuviera en curso ante otras comercializadoras, ni le solicitó que comunicara a dicha comercializadora su voluntad de cancelar tal proceso. De actuar de otra manera, la comercializadora podría estar privando al cliente de su derecho a elegir libremente su suministrador.
- c. Observancia por ENDESA ENERGÍA XXI de las obligaciones exigibles: Que la empresa observó plenamente las obligaciones que le eran exigibles tanto en el momento de la formalización del contrato como en la fecha en la que tuvo lugar su baja. Que el Real Decreto 897/2017 define la figura del consumidor vulnerable, no siendo hasta su entrada en vigor cuando se regulan las obligaciones de información que deben cumplir las comercializadoras con el fin de proteger al consumidor definido como vulnerable. Que en la Propuesta de Resolución se realiza una aplicación retroactiva del RD 897/2017. Ni de lo dispuesto en el artículo 46 de la LSE ni de los derechos del artículo 44 de la Ley reconoce a los consumidores, se pueden extraer las consecuencias de la Propuesta con el fin de motivar la subsunción de la actuación dentro del supuesto configurador del tipo infractor del artículo 65.25 LSE: (i) Que exigir a ENDESA ENERGÍA XXI que el 28/10/2014 diera cumplimiento a unas obligaciones que no le correspondían y que además no fueron impuestas hasta tres años después, no solo vulnera el principio de seguridad jurídica, sino que además determina, de facto, la aplicación retroactiva de dicha norma. (ii) Que, por lo que se refiere a la obligación de informar al cliente de modo transparente y comprensible de las modificaciones de su contrato, tampoco existe infracción, pues dicha previsión va referida al compromiso de la comercializadora de informar al cliente de modificaciones del contrato, supuesto distinto. Que tampoco se le puede imputar incumplimiento en tanto la información proporcionada el 10/10/2014 fue transparente y comprensible. Que, en definitiva, ENDESA ENERGÍA XXI no ha incumplido la obligación del artículo 46.1.j) de la LSE ni de la información al consumidor sobre las modificaciones de su contrato.

-
- d. Inexistencia de infracción: Que la conducta de ENDESA ENERGÍA XXI no es subsumible en el supuesto de hecho del artículo 65.25 LSE. En primer lugar, porque la empresa ha puesto a disposición del consumidor dicho servicio de atención al cliente. En segundo lugar, porque la pérdida del derecho a bono social no puede ser imputada a ENDESA ENERGÍA XXI.
- 2) **Vulneración del principio de personalidad o responsabilidad**: Que, de conformidad, entre otras, de la sentencia del TS de 27 de marzo de 2013 (recurso 4087/2011), para que exista infracción debe demostrarse la relación entre las infracciones cometidas por una entidad y las funciones a ella encomendadas. Se incumple dicho principio debido a la inobservancia de la obligación de delimitar la responsabilidad que corresponde a cada uno de los sujetos infractores, si estos fueran varios.
- 3) **Subsidiariamente, prescripción de la infracción**: Que, sin perjuicio de lo expuesto, la infracción habría prescrito, lo cual resulta de los siguientes motivos:
- a. Plazo de prescripción y cómputo: Que, conforme a la LSE, el plazo de prescripción de las infracciones graves es de tres años, cuyo cómputo ha de efectuarse en los términos del artículo 132.2 de la Ley 30/1992 (actualmente, 30.2 y 30.3 de la Ley 39/2015).
- b. Dies a quo: Que el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción quedará fijado el día en que la infracción se hubiera cometido. Puesto que el presunto incumplimiento que se imputa a ENDESA ENERGÍA XXI es ser cooperador necesario de la activación por parte de ENDESA de un contrato sin contar con consentimiento del usuario, la fecha que debe tomarse en consideración será la de activación del contrato. La primera actuación con eficacia interruptiva será la notificación a ENDESA ENERGÍA XXI del Acuerdo de incoación.
- c. Prescripción de la infracción: Que, dado que la activación del contrato de ENDESA se produjo el 28 de octubre de 2014, el plazo de tres años habría transcurrido el día 28 de octubre de 2017, es decir, con anterioridad a la notificación a ENDESA ENERGÍA XXI del acuerdo de incoación el 21 de febrero de 2018.
- 4) **Falta de motivación**: Que la falta de motivación se debe a que no ha sido hasta la fase de propuesta de resolución cuando se ha identificado en qué incumplimiento habría incurrido ENDESA ENERGÍA XXI.
- 5) **Principio de proporcionalidad**: Que, a pesar de que se haya propuesto aplicar el artículo 67.3 de la LSE (en el que se prevé la posibilidad de

aplicar la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate) con el fin de evitar una sanción desproporcionada, esta medida resulta aún insuficiente.

En atención a lo anterior, solicita que se declare el archivo de las actuaciones.

NOVENO. Alegaciones de ENDESA en el trámite de audiencia

Por escrito de 26 de octubre de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A.U., o simplemente ENDESA, efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución del Director de Energía en las que, en síntesis, alegó: 1) Prescripción de la infracción; 2) Inexistencia de la infracción; 3) Falta de motivación y 4) Proporcionalidad. Se resume a continuación:

- 1) **Prescripción de la infracción:** Que la infracción habría prescrito, como resulta de las siguientes consideraciones:
 - a. Plazo de prescripción y cómputo: Que, conforme a la LSE, el plazo de prescripción de las infracciones graves es de tres años, cuyo cómputo ha de efectuarse en los términos del artículo 132.2 de la Ley 30/1992 (actualmente, 30.2 y 30.3 de la Ley 39/2015).
 - b. Dies a quo: Que el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción quedará fijado el día en que la infracción se hubiera cometido. Puesto que el presunto incumplimiento que se imputa a ENDESA es haber procedido a la activación por parte de ENDESA de un contrato sin contar con consentimiento del usuario que tenía en ese momento contratada la tarifa TUR-bono social con otra compañía, y descuidando en el momento de la activación las obligaciones que le correspondían, la fecha que debe tomarse en consideración será la de activación del contrato. La primera actuación con eficacia interruptiva será la notificación a ENDESA del Acuerdo de incoación.
 - c. Prescripción de la infracción: Que, dado que la activación del contrato se produjo el 28 de octubre de 2014, el plazo de tres años habría transcurrido el día 28 de octubre de 2017, es decir, con anterioridad a la notificación a ENDESA ENERGÍA XXI del acuerdo de incoación el 21 de febrero de 2018.
- 2) **Inexistencia de infracción:** Que no existe infracción cometida por ENDESA, lo cual se fundamenta, a su vez, en las siguientes razones:

-
- a. Imputación formulada en la Propuesta: Que los hechos que se imputan a ENDESA consisten en haber llevado a cabo la activación, sin consentimiento del consumidor, de un contrato en mercado libre para un domicilio que en ese momento estaba siendo suministrado por la TUR-bono social, hecho constitutivo de una infracción grave del artículo 65.25 de la LSE.
- b. Consentimiento otorgado por el cliente a ENDESA: Que ENDESA no realizó la contratación cuestionada prescindiendo de la voluntad del cliente, al contrario, la activación del contrato fue consecuencia directa de la solicitud efectuada el 5/9/2017 a través de la web de ENDESA. Que la Propuesta de Resolución niega la validez de dicha contratación considerando que la contratación efectuada con ENDESA ENERGÍA XXI el 10/10/2014 habría anulado dicho consentimiento. Que dotar de virtualidad a ello sería tanto como privar de eficacia a un consentimiento presentado válidamente por el cliente sin que éste haya llevado a cabo ante ENDESA ENERGÍA (mercantil contratante) ninguna actuación tendente al desistimiento de su petición y, por tanto, a la revocación de dicho consentimiento. Que la contratación de 10/10/2014 no puede determinar la anulación de otras solicitudes que el cliente hubiera podido formular con cualquier comercializadora con anterioridad. Cada una de estas comercializadoras dispone de sus propios procedimientos de activación de contrato, de modo que la cancelación exige la previa petición del cliente. Que, en caso de actuar de otra manera, se privaría al cliente de su derecho a elegir suministrador. Que la validez del consentimiento prestado para la contratación con ENDESA ENERGÍA XXI el 10/10/2014 no ha sido cuestionada en el presente procedimiento, si bien debe puntualizarse que la verificación de dicho consentimiento es responsabilidad de la comercializadora entrante, limitándose la saliente a recibir la solicitud de baja. Que, a mayor abundamiento, el contrato estuvo vigente casi un año sin que el consumidor presentara reclamación o ejercitara su derecho de desistimiento o diera de baja en el contrato por cambio de comercializadora. Que, por tanto, carece de fundamento sostener que ENDESA diera de alta el contrato sin disponer de consentimiento del consumidor y menos aún que le sea imputable la pérdida de bono social del cliente como consecuencia de la activación de un contrato, de forma voluntaria, a través de la página web de la empresa.
- c. Observancia por ENDESA ENERGÍA de las obligaciones exigibles: Que la empresa observó plenamente las obligaciones que le eran exigibles tanto en el momento de la formalización del contrato como en la fecha en la que tuvo lugar su baja. Que el

Real Decreto 897/2017 define la figura del consumidor vulnerable, no siendo hasta su entrada en vigor cuando se regulan las obligaciones de información que deben cumplir las comercializadoras con el fin de proteger al consumidor definido como vulnerable. En la Propuesta de Resolución se realiza una aplicación retroactiva del RD 897/2017. Que ni de lo dispuesto en el artículo 46 de la LSE ni de los derechos del artículo 44 de la Ley reconoce a los consumidores, se pueden extraer las consecuencias de la Propuesta con el fin de motivar la subsunción de la actuación dentro del supuesto configurador del tipo infractor del artículo 65.25 LSE. Que la Propuesta de Resolución invoca la vulneración de la obligación de tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con el artículo 46.1.j), y de informar de modo transparente y comprensible de las modificaciones de su contrato, correlativo al derecho que le es reconocido en el artículo 44.1.e) LSE. Que resulta improcedente imputar a ENDESA el cumplimiento de obligaciones reglamentarias porque las mismas fueron objeto de determinación con posterioridad a la fecha de activación del contrato cuestionado: i) Que exigir a ENDESA que el 28/10/2014 diera cumplimiento a unas obligaciones que no le correspondían y que además no fueron impuestas hasta tres años después, no solo vulnera el principio de seguridad jurídica, sino que además determina, de facto, la aplicación retroactiva de dicha norma; ii) Que, por lo que se refiere a la obligación de informar al cliente de modo transparente y comprensible de las modificaciones de su contrato, tampoco existe infracción pues, dicha previsión va referida al compromiso de la comercializadora de informar al cliente de modificaciones del contrato, supuesto distinto; y porque tampoco se le puede imputar incumplimiento en tanto la información proporcionada el 10/10/2014 fue transparente y comprensible. Que, en definitiva, ENDESA no ha incumplido la obligación del artículo 46.1.j) de la LSE ni de la información al consumidor sobre las modificaciones de su contrato.

- d. Inexistencia de infracción: Que la conducta de ENDESA no es subsumible en el supuesto de hecho del artículo 65.25 LSE. En primer lugar, porque la empresa ha puesto a disposición del consumidor dicho servicio de atención al cliente. En segundo lugar, porque la pérdida del derecho a bono social no puede ser imputada a ENDESA. Así (i) la contratación del suministro eléctrico con la comercializadora de mercado libre ENDESA ENERGÍA el 5/9/2014 fue válidamente efectuada por el cliente, quien manifestó su consentimiento expreso y manifiesto; (ii) en la fecha de la contratación, ENDESA dio cumplimiento a todas las obligaciones que le eran exigibles de conformidad con el marco

regulatorio existente en aquel momento. Que, así pues, la mercantil no ha infringido norma alguna, y no es susceptible de ser sancionada.

- 3) **Falta de motivación:** Que la falta de motivación se debe a que no ha sido hasta la fase de propuesta de resolución cuando se ha identificado en qué incumplimiento habría incurrido ENDESA.
- 4) **Principio de proporcionalidad:** Que, a pesar de que se haya propuesto aplicar el artículo 67.3 de la LSE (en el que se prevé la posibilidad de aplicar la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate) con el fin de evitar una sanción desproporcionada, esta medida resulta aún insuficiente.

En atención a lo anterior, solicita que se declare el archivo de las actuaciones.

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

Por medio de escrito de 29 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 1012).

UNDÉCIMO. Informe de la Sala de Competencia

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

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO. Don [...], nacido el [...], titular del CUPS [...], correspondiente a la vivienda situada en [...] San Fernando-Cádiz, solicitó de forma presencial en las oficinas de Endesa, en fecha 10 de octubre de 2014, contrato de suministro para la vivienda indicada, en la modalidad de tarifa TUR-Bono Social, con

potencia contratada de 2,30 kW, con la comercializadora de referencia ENDESA ENERGIA XXI, lo que dio lugar al contrato número [...], que fue activado el día 15 de octubre de 2014 y permaneció en vigor hasta el día 27 del mismo mes de octubre de 2014.

Así resulta reconocido directamente por la sociedad ENDESA ENERGIA XXI en su escrito de Alegaciones de 18 de marzo de 2018, así como por la sociedad ENDESA ENERGIA S.A.U., en su escrito de alegaciones de 23 de marzo de 2018. Así resulta asimismo de la documentación aportada al expediente por ENDESA ENERGIA XXI en el curso de las diligencias previas, y entre la que figura en concreto: 1) El contrato de suministro a tarifa TUR - Bono Social de fecha 15 de octubre de 2014 (folios 64 y 65 del expediente administrativo) y 2) Factura de consumo del periodo comprendido entre 10 de octubre de 2014 y 27 de octubre de 2014 (folios 73 y siguientes del expediente administrativo).

SEGUNDO. Dicha contratación presencial de la Tarifa TUR con ENDESA ENERGIA XXI dejó sin efecto el contrato número [...], que había sido previamente suscrito en fecha 10 de septiembre de 2014, también de forma presencial y en la misma oficina, para el mismo domicilio y con la misma potencia contratada de 2,3 kW, con ENDESA ENERGIA S.A.U. bajo la modalidad “*tarifa luz Endesa*” que figura unido al folio 215 del expediente, tras haber sido aportado por esta última sociedad en el curso de las diligencias previas.

Así resulta reconocido asimismo por las sociedades ENDESA ENERGIA XXI y ENDESA ENERGIA S.A.U. en sus respectivos escritos de alegaciones.

TERCERO. Con fecha 27 de octubre de 2014 fue activado por ENDESA ENERGIA S.A.U. un contrato de suministro en mercado libre para el mismo domicilio, que se identifica como contrato número [...], dándose lugar a la baja del contrato a tarifa TUR-Bono social que había sido suscrito con ENDESA ENERGIA XXI y había sido activado el día 15 de octubre de 2014. Este contrato a mercado libre fue activado sin que mediara ninguna clase de solicitud del consumidor posterior a la suscripción del contrato a tarifa TUR realizada presencialmente en la oficina el 10 de octubre, y sin que se prestara por el consumidor consentimiento al cambio de compañía suministradora ni a la modificación de las condiciones contractuales (tarifa TUR-bono social) pactadas con ENDESA ENERGIA XXI en el contrato número [...].

La activación en fecha 27-10-14 de este contrato a mercado libre (identificado como contrato número [...]) es reconocida por ENDESA ENERGIA S.A.U. en su escrito de alegaciones, así como por ENDESA ENERGIA XXI, si bien ambas sociedades alegan que el consentimiento para dicha contratación había sido prestado por el consumidor en fecha 5 de septiembre de 2014 mediante una solicitud vía internet efectuada en dicha fecha, no cancelada posteriormente, y

que dio lugar a la activación por ENDESA ENERGIA S.A.U el 27 de octubre de 2014.

CUARTO. ENDESA ENERGIA S.A.U. ha estado facturando el consumo para el CUPS de referencia durante el periodo de un año comprendido entre el 28 de octubre de 2014 y el 26 de octubre de 2015, bajo la modalidad “*tarifa ONE luz*”, resultando el consumidor privado durante dicho periodo de los beneficios y descuentos asociados a la TUR-Bono social a los que resultaba acreedor en virtud del contrato suscrito con ENDESA ENERGIA XXI el 15 de octubre de 2014.

La facturación con cargo al supuesto contrato *tarifa One Luz*, identificado con el número [...], resulta de los documentos aportados por Endesa Energía en el curso de las diligencias previas, y en concreto de las 6 facturas bimensuales que figuran por duplicado, a los folios 175 a 212 del expediente administrativo.

QUINTO. Para la misma vivienda, y transcurrido un año de facturación por ENDESA ENERGIA S.A.U., se suscribió de nuevo contrato de forma presencial en la oficina, en fecha 27 de octubre de 2015, con ENDESA ENERGIA XXI a tarifa TUR-bono social.

Este extremo de hecho es reconocido por ambas sociedades.

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.b) de la Ley del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC, en el ámbito de sus competencias, imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas graves del artículo 65.25.

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.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título X de la Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley 24/2013 dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

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

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados

El artículo 65.25 de la citada Ley del Sector Eléctrico tipifica entre las infracciones graves la siguiente:

El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables.

Entre las medidas de protección al consumidor a las que se refiere el último inciso del tipo infractor se incluyen todas aquellas relativas a su derecho a elegir suministrador (derecho definido en el artículo 44.1.c de la Ley).

La protección de este derecho del consumidor adquiere especial relevancia en supuestos en que, como sucede en el presente caso, nos encontramos ante un consumidor de los calificados como vulnerables, y ante una de las medidas establecidas para la protección de los consumidores como es la tarifa TUR-Bono social.

La lectura de los Hechos Probados pone de manifiesto la existencia indiscutible de una activación por parte de ENDESA ENERGÍA, en fecha 27 de octubre de 2014, de un contrato a mercado libre para un domicilio que en ese momento estaba siendo suministrado a tarifa TUR-Bono social.

Concurren en este caso elementos de hecho que determinan la aplicación del tipo previsto entre las faltas graves con el número 25 del artículo 65 de la misma ley sectorial.

Tales elementos de hecho se analizan a continuación, así como las circunstancias determinantes de la autoría de ambas empresas imputadas:

1.- Activación de un contrato en mercado libre en fecha 27 de octubre de 2014.

Según se refleja en los hechos probados, el consumidor compareció en la oficina de la compañía el día 10 de octubre de 2014, realizando de forma presencial la contratación con ENDESA ENERGÍA XXI del suministro a tarifa TUR-Bono social, para su domicilio, con una potencia contratada de 2,30 kW.

El consentimiento del consumidor a esa contratación, efectuado presencialmente en las oficinas, dio lugar a la activación del contrato número [...], quedando sin efecto el contrato [...], que había sido suscrito de forma también presencial y en la misma oficina el 10 de septiembre de 2014 con ENDESA ENERGÍA S.A.U., bajo la modalidad de “*tarifa luz Endesa*”.

Ello significa que tanto ENDESA ENERGÍA XXI, comercializadora de referencia entrante para el suministro a TUR, como ENDESA ENERGÍA, comercializadora saliente, consideraron válido el consentimiento del consumidor otorgado el 10 de octubre de 2014 para ser suministrado en la tarifa de bono social. Consecuencia de ello fue la activación de contrato para dicha modalidad y la facturación de la tarifa TUR-Bono social por los días comprendidos entre el 15 y el 27 de octubre de 2014.

Frente a dicha evidencia, no puede admitirse el argumento de ambas empresas de que la existencia de una solicitud efectuada *on line* en fecha 5 de septiembre de 2014, no cancelada de forma expresa por el consumidor, era constitutiva del consentimiento del consumidor para la activación en fecha 27 de octubre de 2014 (52 días más tarde de la supuesta solicitud *on line*) de un contrato a mercado libre y de la pérdida del bono social contratado presencialmente 17 días antes (en concreto, el día 10 del mismo mes de octubre) con ENDESA ENERGÍA XXI. Cualquiera que haya sido el contenido de la solicitud *on line* de 5 de septiembre, es evidente que la comparecencia personal posterior del consumidor en las oficinas para solicitar y contratar la tarifa TUR y el bono social habría anulado la previa solicitud efectuada *on line*.

Es evidente, asimismo, que solo una eventual actuación expresa del consumidor que se hubiera efectuado con posterioridad al 10 de octubre podría haber surtido, en su caso, el efecto de enervar el consentimiento otorgado en dicha fecha para contratar la TUR. No es ocioso recordar de nuevo que tal consentimiento para contratar a TUR, otorgado el 10 de octubre presencialmente por el consumidor, había sido considerado válido por ambas compañías.

En definitiva, la contratación presencial de la tarifa TUR-bono social efectuada el 10 de octubre de 2014 dejó sin efecto el contrato anterior a mercado libre de 10 de septiembre de 2014. En cambio, no dejó sin efecto otro contrato a mercado libre, también anterior, de 5 de septiembre de 2014. ENDESA ENERGÍA activó este último contrato a mercado libre 52 días después de su solicitud, privando al cliente de los beneficios de la tarifa TUR-bono social que tanto ENDESA como ENDESA ENERGÍA XXI habían dado por correctamente

contratada. Dicho de otro modo, el cliente fue privado de la señalada tarifa TUR-bono social, más beneficiosa para él, debido a la circunstancia puramente interna de ENDESA de hacer prevalecer, sin previo aviso, un contrato libre (el de 5 de septiembre de 2014) sobre otro posterior de TUR-bono social (de 10 de octubre de 2014) que ambas comercializadoras (ENDESA y ENDESA XXI) habían considerado válido y que venía surtiendo efectos de manera favorable al consumidor.

2.- Carácter vulnerable del consumidor afectado.

El texto del artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, define en sus sucesivos apartados el concepto de consumidor vulnerable, la medida protectora en que consiste el bono social, así como el sistema previsto para su financiación, remitiendo a una posterior regulación reglamentaria la definición de aspectos concretos de esta medida.

Importa destacar que, a la vista de la redacción de dicho precepto legal a la fecha de octubre de 2014 en que suceden los hechos, y durante el año siguiente en el que este consumidor fue facturado a mercado libre y no se le aplicó el bono social, el mismo ostentaba indiscutiblemente la condición de consumidor vulnerable¹.

Efectivamente, la disposición transitoria décima de la Ley 24/2013, *Consumidor vulnerable y bono social* establece literalmente en su apartado 1 lo siguiente:

“1. Hasta que se desarrolle lo previsto en el artículo 45.1 tendrán derecho al bono social los suministros de los consumidores, que siendo personas físicas, tengan una potencia contratada inferior a 3 kW en su vivienda habitual.

También, tendrán derecho los consumidores con 60 o más años de edad que acrediten ser pensionistas del Sistema de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente y viudedad y que perciban las cuantías mínimas vigentes en cada momento para dichas clases de pensión con respecto a los titulares con cónyuge a cargo o a los titulares sin cónyuge que viven en una unidad económica unipersonal, así como los beneficiarios de pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez mayores de 60 años.

Asimismo, tendrán derecho los consumidores que acrediten ser familias numerosas y los consumidores que acrediten formar parte de una unidad familiar que tenga todos sus miembros en situación de desempleo.”

La condición de *consumidor vulnerable* viene determinada, en este caso, por la circunstancia de que se trata de un suministro para vivienda habitual, con potencia contratada de 2,3 kW e inferior, por tanto, a 3 kW. Ello sin perjuicio de que, por tratarse de un consumidor que alcanzaba la edad de [...] años en el mes de octubre de 2014, pudieran concurrir, además, las circunstancias que

¹ La redacción del artículo 45 de la LSE fue posteriormente modificada por el Real Decreto-ley 7/2016.

para los pensionistas se describen en el segundo párrafo de la disposición transitoria trascrita. Tanto la potencia contratada como la edad del consumidor son circunstancias evidentes *prima facie* que no pudieron ser desconocidas para las sociedades contratantes, ya que ambas circunstancias han de figurar en los documentos de contratación del suministro.

3.- Incumplimiento de las medidas de información al consumidor y privación de la concreta medida de protección al consumidor que es el derecho a la tarifa TUR-Bono social.

Los hechos imputados y probados en el presente procedimiento se ciñen al periodo comprendido entre el 27 de octubre de 2014 (fecha de activación del contrato a mercado libre número [...]) y el 27 de octubre de 2015 (fecha en que, transcurrido un año, vuelve a activarse el contrato TUR-bono social para el domicilio de referencia).

Si bien durante dicho período aún no estaba vigente el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, *por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica*, el cual describe en detalle los deberes de información a los consumidores vulnerables, lo cierto es que tales deberes de información ya resultaban recogidos entre las obligaciones previstas en el artículo 46 de la Ley². Entre tales obligaciones se encuentran i) la de tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente (art 46.1.j de la LSE); ii) la de informar de modo transparente y comprensible para el consumidor de las modificaciones de su contrato, que es el reverso del correlativo derecho del consumidor a ser informado de modo transparente y comprensible (art 44.1.e de la LSE).

Ambas obligaciones dejaron de cumplirse tanto por ENDESA ENERGÍA S.A.U. que activó a su favor el contrato a mercado libre el 27 de octubre de 2014, como por ENDESA ENERGÍA XXI que, a dicha fecha, tenía activo un contrato a tarifa de bono social suscrito presencialmente unos días antes.

La presente Resolución debe hacer suyas las razones que llevaron al Instructor a considerar a ENDESA ENERGÍA XXI como cooperador necesario de la activación irregular por parte de la comercializadora libre de su grupo empresarial del contrato efectuada el 27 de octubre, con el resultado de la privación al consumidor del bono social del que en ese momento disfrutaba. Al respecto, se recuerdan los siguientes extremos que fueron señalados ya en la Propuesta de Resolución:

Ambas compañías comparten oficina comercial, y posiblemente, empleados, sistemas de información, y protocolos de verificación del consentimiento para

² Tal y como expresamente se hace constar en el artículo 5 apartado 5 del RD 897/2017.

las contrataciones. Ambas compañías parecen utilizar una numeración correlativa y no diferenciada de sus contratos, lo que indica que podrían compartir plenamente información.

Ambas compañías disponían, en cualquier caso, de la información relativa a la potencia contratada en el domicilio de este consumidor (ya que en distintas fechas de septiembre y octubre de 2014 ambas suscribieron diferentes contratos de suministro por 2,3 kW de potencia para dicho domicilio, según se indica en los hechos probados) y eran conocedoras de la avanzada edad de este consumidor (la cual consta en el DNI que hubo de exhibir en sus dos personaciones en septiembre y octubre en la oficina comercial), circunstancias ambas, decisivas de cara la protección del mismo en su condición de consumidor vulnerable, y que debieron activar las alertas en ambas empresas.

Pues bien, es evidente que, con ocasión de la solicitud de ENDESA ENERGÍA para la activación a su favor del contrato a mercado libre, ENDESA ENERGIA XXI, resultaba obligada a advertir tanto al consumidor, como a ENDESA ENERGÍA de las circunstancias del contrato a TUR vigente desde el 10 de octubre, y de que el paso a mercado libre determinaría la pérdida del bono social. Ello en virtud de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de la LSE que incumben a todas las comercializadoras. Igualmente debió advertir al consumidor de la pretensión de ENDESA ENERGÍA de activar un contrato a mercado libre, y de la consiguiente pérdida del bono social que ello implicaría. De haberse efectuado tal comunicación, el consumidor podría haber reaccionado antes de la activación del contrato a mercado libre, haciendo valer sus derechos.

Tanto una como otra compañía dejaron de aplicar las más elementales medidas de comunicación entre ambas y/o con el consumidor. Solo así es posible que se dejara sin efecto el contrato a tarifa TUR-bono social suscrito el 10 de octubre, tomando en consideración, según se indica, una solicitud on-line de 5 de septiembre, a pesar de que existían dos contrataciones de fecha posterior efectuadas personalmente en la oficina comercial, y respecto a las cuales se había considerado válidamente otorgado el consentimiento por el consumidor. Se alega por ambas sociedades que la circunstancia de no haberse cancelado expresamente por el consumidor dicha solicitud on-line fue determinante de la activación con causa en tal solicitud, del contrato [...]. Pues bien, si los protocolos de estas compañías establecen la vigencia de una solicitud *on line* durante un periodo tan largo de tiempo, y a pesar de la existencia de dos contrataciones presenciales efectuadas posteriormente a aquella solicitud *on line*, es indudable que tampoco el consumidor fue informado de la necesidad de cancelar formalmente aquella petición.

Siendo ENDESA ENERGIA XXI la suministradora a TUR en el momento en que se activó por ENDESA ENERGÍA el contrato a mercado libre, resulta responsable de la aplicación de las medidas de protección del consumidor,

entre ellas la de advertir al mismo de la pérdida del bono social. ENDESA ENERGIA XXI pudo asimismo advertir a ENDESA ENERGÍA de la existencia del contrato a TUR suscrito el 10 de octubre cuyo consentimiento dejaba sin efecto cualquier solicitud del consumidor de fecha anterior para una contratación diferente. Tales advertencias no se produjeron, siendo por ello ENDESA ENERGIA XXI responsable, como cooperador necesario, de la infracción, y de su resultado de pérdida del bono social por este consumidor.

TERCERO. Contestación particularizada a las alegaciones de las empresas

Si bien el apartado anterior ha dado respuesta a la mayor parte de las alegaciones de las empresas, procede contestar de modo completo a los escritos que presentaron con ocasión del trámite de audiencia, cuyo contenido puede resumirse en los siguientes términos: 1) Inexistencia de la infracción; 2) Vulneración del principio de personalidad; 3) Prescripción; 4) Falta de motivación. A dichas alegaciones puede contestarse del modo que sigue a continuación:

- 1) **Inexistencia de infracción:** No cabe aceptar las alegaciones de ambas empresas relativas a la falta de infracción, tal como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución, al que procede remitirse. En particular:
 - a. Imputación formulada en la Propuesta a ENDESA ENERGÍA XXI: A diferencia de lo alegado, en particular, por ENDESA ENERGÍA XXI, no cabe considerar que dicha empresa sea responsable solo tangencialmente. Su responsabilidad lo es a título de cooperadora necesaria, según motiva suficientemente el citado Fundamento Segundo, sobre tipificación de la infracción. En particular, la empresa atendió a la activación de un contrato a mercado libre solicitado 52 días antes (el 5/9/2014), dándole preferencia sobre otro suscrito en fecha posterior (10/10/2014) que venía aplicando el beneficio del Bono Social. ENDESA ENERGÍA XXI accedió a dicho cambio de suministrador sin advertir al consumidor (ni a la otra compañía de su Grupo) de la pérdida del Bono Social que suponía la tan tardía activación de un contrato superado por contrataciones posteriores.
 - b. Consentimiento otorgado por el cliente a ENDESA: Tampoco cabe aceptar las alegaciones relativas a la supuesta validez de la contratación del cliente con ENDESA efectuada el 5/9/2014 a través de la web. Procede remitirse también al Fundamento Segundo señalado. La conducta de ENDESA y ENDESA ENERGÍA XXI resulta contradictoria en este punto. Ambas empresas dieron validez a la contratación de TUR-Bono Social de 10/10/2014 sobre la

contratación a mercado libre de 10/9/2014. En cambio, dejaron sin efecto dicha TUR-Bono Social por efecto de una solicitud anterior a esta última, la efectuada el 5/9/2014. El cambio de suministrador la aplicación de la tarifa a mercado libre que resultó de la solicitud de 5/9/2014 tuvo lugar por la mera circunstancia interna, ajena al consumidor, de que, según los protocolos de ENDESA ENERGÍA, o por el deficiente funcionamiento administrativo de dicha compañía, la “activación” de dicha solicitud antigua (de 5/9/2014) tardó 52 días. Tampoco se advirtió al consumidor, en su caso, de la necesidad de cancelar dicha solicitud. No era esperable, en todo caso, la necesidad de tal cancelación en vista de que las propias empresas habían dejado sin efectos del contrato posterior de 10/9/2014 por la contratación de la TUR-Bono Social el 10/10/2014.

- c. Observancia de las obligaciones exigibles: ENDESA y ENDESA ENERGÍA XXI incumplieron las obligaciones de protección del consumidor, singularmente, al no facilitarle información transparente ni informarle de modificaciones en sus contratos. Si el consumidor hubiese sido informado de que la activación de un contrato, casi dos meses después de su solicitud y tras otras dos contrataciones que se consideraron válidas, le privaría de su derecho al Bono Social contratado pocos días antes (contratación aceptada por ambas empresas del Grupo ENDESA), dicho consumidor podría haber reaccionado a tiempo.
- d. Inexistencia de infracción: Por los motivos anteriores, la conducta de ENDESA y de ENDESA ENERGÍA XXI es subsumible en el supuesto de hecho del artículo 65.25 LSE, en el primer caso a título de autora y en el segundo como cooperadora necesaria.
- 2) **Vulneración del principio de personalidad o responsabilidad**: No cabe aceptar, como señala ENDESA ENERGÍA XXI, que no se respete el principio de responsabilidad. Procede remitirse nuevamente al Fundamento de Derecho Segundo, en el que se motivan extensamente las razones por las que ENDESA ENERGÍA XXI debe considerarse cooperadora necesaria de la infracción.
- 3) **Subsidiariamente, prescripción de la infracción**: No cabe aceptar que haya tenido lugar la prescripción de la infracción. La circunstancia que da lugar al procedimiento sancionador es la privación el bono social a un consumidor por parte de ENDESA con la cooperación necesaria de ENDESA ENERGÍA XXI. Así se advirtió ya desde el acuerdo de incoación en el que se aludió a la activación de un contrato a mercado libre (el de 5/9/2014) “privando al consumidor de su derecho al bono social del que había disfrutado entre los días 14 y 27 de octubre de 2014. Este derecho no fue recuperado por el consumidor hasta el 27 de octubre de 2015” (folio

246). Dicha privación del bono social tuvo lugar el 28 de octubre de 2014 y se prolongó hasta el 27 de octubre de 2015. En vista de ello, la infracción se cometió de manera permanente hasta que al consumidor se le repuso su derecho a dicho Bono Social, lo cual tuvo lugar el 27 de octubre de 2015, según consta acreditado en el expediente, y según resulta de los Hechos Probados. No puede considerarse, por tanto, que, a fecha de la incoación del procedimiento (31 de enero de 2018), la infracción hubiese prescrito. El plazo de tres años de prescripción debe computarse desde la fecha de finalización de la conducta infractora (el 27/10/2015, fecha en que se repuso el Bono Social al consumidor). Así resulta con claridad del artículo 30.2 de la Ley 40/2015: *“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”*).

- 4) **Falta de motivación:** No cabe aceptar tampoco que no haya sido hasta la fase de propuesta de resolución cuando se ha identificado en qué incumplimiento habría incurrido ENDESA ENERGÍA XXI. El Acuerdo de incoación del procedimiento vino precedido de un período de información previa en el que se solicitó a ambas empresas (también a ENDESA ENERGÍA) que aportasen la documentación relativa al cambio de comercializador, junto a la información relevante, y que informasen asimismo sobre las actuaciones efectuadas por el servicio de atención al cliente con relación a la reclamación. En particular ENDESA ENERGÍA XXI efectuó alegaciones en dicho trámite de información previa sobre la contratación del bono social efectuada por el cliente y sobre la comunicación recibida por parte de la asociación denunciante acerca de la aplicación del bono social. A la vista de dicha información, el acuerdo de incoación expresó con absoluta claridad que el procedimiento se dirigía contra ENDESA ENERGÍA XXI en cuanto colaboradora necesaria, relató los hechos que dieron lugar al expediente, y consideró que los mismos incurrieran en la infracción descrita en el artículo 65.25 de la LSE. Se reproduce la parte relevante de dicho Acuerdo de incoación:

I. El procedimiento se dirige contra ENDESA ENERGÍA S.A.U., empresa comercializadora de electricidad, y contra ENDESA ENERGIA XXI S.L.U, comercializadora de referencia, como personas jurídicas presuntamente responsables de la infracción que en este mismo acuerdo se especifica, por autoría en el caso de la primera, y por colaboración necesaria en el caso de la segunda.

II. Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento son los siguientes: Aplicación al titular del punto de suministro identificado como CUPS: [...] de una tarifa en mercado libre por la comercializadora ENDESA ENERGIA por el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 2014 y el 27 de octubre de 2015, privando al consumidor de su derecho al bono social del que había disfrutado entre los días 14 y 27 de octubre de 2014. Este derecho

no fue recuperado por el consumidor hasta el 27 de octubre de 2015 fecha en que fue suscrito contrato de TUR Bono social con ENDESA ENERGA XXI. La situación se mantuvo de forma no interrumpida, por el espacio de un año comprendido entre las mencionadas fechas 27 de octubre de 2014 y 27 de octubre de 2015.

III. Estos hechos, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del presente procedimiento, podrían ser constitutivos de una infracción grave prevista en el artículo 65. 25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, *"El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables."*

- 5) **Principio de proporcionalidad:** Tampoco cabe aceptar, finalmente, que la sanción sea desproporcionada. Baste señalar, como reconocen las propias empresas, que la sanción incluida en la Propuesta de Resolución es la resultante de aplicar el artículo 67.3 de la LSE, en el que se prevé la posibilidad de aplicar la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate con el fin de evitar una sanción desproporcionada.

CUARTO. 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 al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que señala: *«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe»

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso:

La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos.

Entre éstas se encuentra en primer plano la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44.1.c de la LSE), que comporta su vez, para los consumidores a los que se refiere el artículo 43.3 de la Ley, el derecho a contratar el precio voluntario para el pequeño consumidor o la tarifa de último recurso al precio regulado con las empresas comercializadoras de referencia. La obligación del comercializador que es correlativa a tal derecho del consumidor, es la de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. Ello comporta la necesidad de aplicar con carácter previo a la activación de cualquier contrato de suministro, los controles que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor.

Asimismo, es un derecho del consumidor vulnerable que cumpla las exigencias establecidas para la aplicación del Bono Social, el disfrute de tal derecho. Y es obligación de los comercializadores tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente (artículo 46.j de la LSE).

Es evidente que en este caso no se aplicaron los controles previos sobre el consentimiento del consumidor ya que, de haberse hecho, se habría

evidenciado la voluntad de este consumidor de contratar el Bono Social, manifestada presencialmente en la oficina y que dio lugar al contrato con ENDESA ENERGIA XXI de 10 de octubre de 2014, y no habría llegado activarse el contrato que ha motivado las presentes actuaciones.

Es evidente asimismo, que el resultado de la pérdida del bono social por este consumidor, si bien es consecuencia directa de la activación por ENDESA ENERGIA sin previos controles de un contrato a mercado libre para el que no existía consentimiento, es un resultado que podría haber sido evitado si, por parte de Endesa Energía XXI se hubieran aplicado, a su vez, medidas de información al consumidor, o se hubiera advertido a la comercializadora libre de su grupo empresarial de la firma del contrato a TUR unas semanas antes.

La Sala no tiene elementos de convicción que permitan afirmar que tal resultado haya sido consecuencia de una decisión consciente y voluntaria de una de las empresas imputadas, o concertada entre ambas, lo que sería constitutivo de dolo. Ahora bien, no cabe duda de que, por desorden burocrático, o por desidia en el cumplimiento de sus deberes como comercializadoras, ambas empresas han hecho dejación negligente de sus obligaciones de control, y que dicha negligencia determina la existencia de culpabilidad.

VI. SANCIONES QUE SE IMPONEN

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de hasta 6.000.000 de euros por la comisión de una infracción grave, 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 las sanciones:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.

De entre tales circunstancias ha de hacerse mención de que la infracción cometida no conlleva peligro para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente; no hay perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro y no se ha causado impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

En cuanto a la importancia del daño o deterioro causado debe tenerse en cuenta que únicamente se ha constatado la existencia de un consumidor afectado por el incumplimiento de las medidas de protección a los consumidores vulnerables.

En cuanto a la intencionalidad se señala que no ha resultado probada la existencia de dolo.

Finalmente, se debe tener en consideración el contenido del artículo 67.2 de la Ley 24/2013, que determina que, en cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. No se ha considerado necesario recabar el importe neto anual de la cifra de negocios de las empresas imputadas puesto que se considera que el importe de las multas queda obviamente por debajo del importe señalado, sin perjuicio de la alegación que, de contrario, se pudiera presentar.

Por lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras, y la comisión de una infracción por culpa negligente, sin concurrencia de dolo, se impone a la empresa ENDESA ENERGIA S.A.U. por la comisión de la infracción grave del artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000) euros. Asimismo, se impone a la empresa ENDESA ENERGIA XXI S.L.U. por la comisión de la infracción grave del artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que las sociedades ENDESA ENERGIA, S.A.U y ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U son responsables de una infracción grave del artículo 65.25 de la de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su incumplimiento de las medidas de protección a los consumidores.

SEGUNDO. Imponer a ENDESA ENERGIA, S.A.U una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000 euros).

TERCERO. Imponer a ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000 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.