

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA ENDESA ENERGÍA, S.A. POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES.

SNC/DE/021/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario de Consejo

En Madrid, a 28 de febrero de 2019

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en los artículos 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y 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 DE HECHO

PRIMERO. *Escrito de denuncia.*

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

[...]

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

Titular: [...]

Dirección: [...]

CUPS electricidad: [...]

CUPS gas: [...]

SEGUNDO. Información previa. Alegaciones de ENDESA.

El 20 de septiembre 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.

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

Con fecha 9 de octubre de 2017 tuvo entrada en el Registro de este organismo la contestación al requerimiento de información, en la que ENDESA ENERGÍA, expone que en fecha 27 de julio de 2017, [...], en calidad de cónyuge de [...], contrató el suministro de gas, el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento de electricidad con dicha empresa para la dirección de suministro sita en [...], formalizándose de forma electrónica sobre una Tablet.

Aporta copia del citado contrato cumplimentado y firmado por [...], en condición de cónyuge del titular, adjuntando foto del DNI [...] y 2 fotos de las facturas de suministro de gas y electricidad [...], correspondientes al mes de junio de 2017. Asimismo, aporta copia de las facturas de electricidad y gas generadas por ENDESA ENERGÍA durante la vigencia de los contratos y grabación telefónica correspondiente al control de calidad realizado.

Por todo ello, concluye ENDESA ENERGÍA, que revisada dicha información, entendieron conforme la contratación realizada y que pese a tener debidamente acreditada la contratación, se informó al interesado de la anulación del cobro de las facturas emitidas y no abonadas durante la vigencia de los citados contratos. Igualmente, se dio de baja el contrato de mantenimiento eléctrico con fecha [...] y se verificó que los contratos de suministro eléctrico y de suministro de gas ya se encontraban dados de baja por cambio de comercializadora con fecha [...] respectivamente.

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador.

Con fecha 28 de septiembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de

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

Los hechos que motivaron la incoación del presente procedimiento radican en el presunto cambio de comercializador a favor de ENDESA ENERGÍA, de los contratos de suministro para los CUPS eléctrico: [...] y CUPS gas: [...], sin el consentimiento del titular del suministro, según resulta de los antecedentes que constaban en el acuerdo de incoación.

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

El acuerdo de incoación fue notificado a ENDESA ENERGÍA el día 16 de octubre de 2018. Con fecha 17 y 18 de octubre se recibieron en la sede electrónica de la CNMC, sendos escritos de la citada empresa comercializadora solicitando la ampliación de plazo para efectuar alegaciones en el procedimiento. Dicha ampliación fue concedida en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

CUARTO. Alegaciones de ENDESA al acuerdo de incoación.

Con fecha 7 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGIA, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Con carácter previo y en relación con el tipo infractor imputado a ENDESA ENERGÍA, manifiesta la empresa la falta de competencia de la CNMC en relación con la contratación del servicio de mantenimiento eléctrico, en cuanto que la normativa sectorial reconoce la competencia de la Comisión relativa al cumplimiento de los contratos de suministro, ya sea gas o electricidad; no así en cuanto a los contratos de servicios de mantenimiento, cuyo incumplimiento quedaría dentro del ámbito de las Comunidades Autónomas [...] por ser materia propia de consumo.
- Con relación a los hechos se manifiesta, que una vez tuvo conocimiento por el trámite de información previa abierto por esta Comisión [...] de la denuncia de [...], se pudo comprobar que en fecha [...], [...], en calidad de cónyuge de

[...], contrató el suministro de gas, el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento de electricidad con ENDESA ENERGÍA para el punto de suministro identificado en el expediente. Que dicho contrato fue formalizado en una Tablet acompañado de la documentación facilitada por [...] consistente en su DNI y en las facturas de la anterior comercializadora de gas natural y de electricidad emitidas a nombre del titular.

Con carácter adicional y en relación con la llamada de verificación implementada como procedimiento de control de calidad, alega que [...] se identifica hasta en dos ocasiones como cónyuge de [...] confirmando así la contratación realizada.

Del mismo modo, en el transcurso de dicha llamada, [...] ratifica que el comercial le entregó un documento con los productos y servicios contratados, reconociendo igualmente haber sido proporcionado [...] el número de la cuenta bancaria de domiciliación. Resalta por lo demás que en el contrato suscrito por [...] constan datos tan difíciles de obtener como el CUPS del cliente o las últimas facturas del titular del suministro o cuenta bancaria de domiciliación. Por todo ello considera acreditada la validez de la contratación y del consentimiento otorgado a tal fin.

- Sobre los antecedentes tercero y cuarto del acuerdo de incoación, relativos al Libro de Familia aportado por [...] que confirma que [...] no es su cónyuge, y a la certificación negativa de matrimonio de [...] emitida por el Registro Civil [...] a instancia de esta Comisión, manifiesta ENDESA ENERGÍA su disconformidad, no por la realidad de dichos documentos, sino por las consecuencias que se hacen derivar de los mismos.

Así, con la documental aportada por su parte estima suficientemente acreditada la existencia de consentimiento y su validez, y en cuanto a la información del Registro Civil, alega que dicha información no es susceptible de ser solicitada por ENDESA ENERGÍA al carecer de legitimación para solicitarla. Por último, y en cuanto a la información de la edad de [...], alega que no conocía dicha circunstancia, pero que, de haberla sabido, carece de competencia para valorar si los sujetos pueden ser o no cónyuges. Que en cualquier caso ningún motivo aparente tenía la empresa para cuestionar las manifestaciones efectuadas por [...].

- En cuanto a la inexistencia de infracción cuya comisión se imputa a ENDESA ENERGÍA, y tras invocar los requisitos para la validez de los contratos según se recoge en el artículo 1261 del Código Civil y la validez de los contratos suscritos por uno de los cónyuges según los artículos 1322 y 1378 del mismo cuerpo legal, añade que *«la CNMC no parece cuestionar la validez de la contratación por el hecho de que quien firmara no fuera el propio titular, sino porque, como consecuencia de la aportación por el reclamante de su Libro*

de Familia y de la certificación negativa de matrimonio de [...], se concluye que la persona que se identificó como cónyuge del titular no lo era realmente». Por ello, aunque se haya constatado la ausencia de vínculo matrimonial, ENDESA ENERGÍA actuó al amparo de una absoluta apariencia de verdad, adoptando todas las medidas de control exigibles, sin que se le pueda imputar incumplimiento alguno.

- Por ello ENDESA ENERGÍA considera demostrada la existencia de una contratación válidamente efectuada, adoptando todas las medidas de control a su alcance, incluida la pertinente llamada de verificación en la que [...] confirma la contratación y se identifica en varias ocasiones como la cónyuge de [...] titular de los contratos. Al respecto concluye que *«es clara la inexistencia de hechos que permitan concluir que ENDESA ENERGÍA ha cometido las infracciones previstas en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 y en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998».*
- En relación con la *«vulneración del principio básico de culpabilidad»*, ENDESA ENERGÍA alega sobre las circunstancias de la contratación, sosteniendo su clara apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora. No cabe apreciar culpabilidad en la actuación de esta entidad, que actuó con la creencia de que la persona que firmó y perfeccionó el contrato era quien decía ser (cónyuge de [...]), identificándose como tal en diversas ocasiones y no existiendo indicio alguno de que no fuera así y habiendo adoptado todas las medidas de control exigidas.

Asimismo, añade que es evidente su diligencia y buena fe por el hecho de que, pese a disponer de los contratos de suministro de electricidad y gas natural debidamente cumplimentados y de toda la documentación precisa para la realización de la contratación, y por exclusiva deferencia comercial, se procedió a anular las facturas emitidas durante la vigencia de los contratos y a no requerir su pago.

- Sobre la *«vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia»*, señala que corresponde a la Administración probar la inexistencia de consentimiento o incumplimiento de los requisitos de contratación y en consecuencia la inexistencia de contrato válidamente celebrado, y no al administrado, quien por el contrario ha acreditado sobradamente tanto la existencia de consentimiento como la validez de la contratación.

ENDESA ENERGÍA concluye su escrito de alegaciones solicitando se tenga por presentado el escrito junto con la documentación que lo acompaña y, sobre la base de las alegaciones formuladas, se resuelva el archivo del procedimiento debido a la ausencia de indicios de haber llevado a cabo cualquier tipo de conducta constitutiva de infracción administrativa.

QUINTO. Propuesta de Resolución.

El 22 de noviembre de 2018 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Director de Energía de la CNMC

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que la empresa ENDESA ENERGIA S.A. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad.

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

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

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

La Propuesta de Resolución fue notificada a ENDESA ENERGÍA el 3 de diciembre de 2018, según obra en el expediente administrativo.

OCTAVO. Alegaciones de ENDESA a la Propuesta de Resolución.

Por escrito de 17 de diciembre de 2018, presentado el día 19 de diciembre por vía telemática, y con entrada en la CNMC el mismo día 19 de diciembre de 2018, ENDESA ENERGÍA efectuó alegaciones a la propuesta de resolución, con este contenido:

- Que, en contestación al requerimiento efectuado por esa Comisión, ENDESA ENERGÍA procedió a aportar copia del contrato debidamente cumplimentado y firmado por las partes, acompañando al mismo la

documentación facilitada (copia de la última factura de gas y electricidad del titular y del DNI de quien se identificó como su cónyuge). Añade que, mediante una grabación telefónica, se procedió a realizar el control de calidad para verificar la contratación efectuada por la cónyuge del interesado. En dicha grabación, la citada cónyuge procedía a confirmar la contratación. Dicha persona aseguró ser la cónyuge del titular del contrato, lo que se corroboró mediante la confirmación de fecha del contrato y la aseveración de haberlo suscrito a través de un comercial. ENDESA ENERGÍA señala los siguientes elementos que acreditan la existencia contratación:

- Que *«procedió a dar de alta el contrato, en base a la contratación previamente formalizada, de modo legítimo, y ello, habida cuenta de que disponía de toda la información y documentación necesaria para ello, dando debido cumplimiento a todas las obligaciones que le eran exigibles»*; alega además que la propia Comisión validó dicho consentimiento al archivar el trámite de información previa.
- Que ENDESA ENERGÍA cumplió con la obligación de formalizar los contratos de suministro con observancia de los requisitos exigidos legalmente, contando además el contrato con nombre y apellidos del denunciante, número de DNI, su dirección postal y del punto de suministro, el Código Universal del Punto de Suministro (CUPS), así como el número de cuenta bancaria en el que se domicilió el citado contrato sin que –afirma- pueda considerarse que ha existido una falta de diligencia por no haber solicitado el DNI del titular del contrato o información relativa al matrimonio, pues además de tratarse de exigencias no previstas en la normativa, en este caso entra también en juego el respeto a la intimidad del consumidor y la protección de sus datos de carácter personal.
- Que existe una grabación de la conversación telefónica en la que la interviniente viene a confirmar la contratación del suministro y la condición de cónyuge del denunciante. Ante las consideraciones de la Propuesta de Resolución en las que se afirma que la llamada de control no acreditó realmente nada, ENDESA ENERGÍA estima que ninguna pregunta adicional podría haber servido para esclarecer la verdadera situación.
- Que, aunque no se considere acreditado que concurrió consentimiento, lo que resulta evidente es que ENDESA ENERGÍA actuó bajo apariencia de veracidad.
- Que no concurre el supuesto de hecho que se imputa a ENDESA ENERGÍA, apoyando dicha alegación en la eventual inconstitucionalidad

de los preceptos presuntamente infringidos por dicha mercantil, así como en la falta de concurrencia del supuesto de hecho descrito, pues a su juicio la CNMC no habría demostrado que la contratación hubiera incumplido ninguno de los requisitos exigidos por la normativa de aplicación. Todo ello derivaría en una absoluta falta de tipicidad que debería determinar la anulación de la sanción.

- Que no concurre la culpabilidad necesaria en toda infracción administrativa. Las circunstancias descritas dotarían a la contratación de una apariencia de veracidad suficiente para eliminar el elemento subjetivo de culpabilidad necesario, en el bien entendido de que ENDESA ENERGÍA adoptó todas las medidas de control que le podían ser exigidas, anulando además las facturas emitidas al denunciante durante la vigencia de los contratos por exclusiva deferencia comercial.

NOVENO. *Elevación del expediente al Consejo.*

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23 a) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

DÉCIMO. *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 procedió a dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia nº [...], titularidad de [...], con dirección de suministro [...], y CUPS: [...] sin su consentimiento.

Este hecho resulta probado:

- Por la existencia de un contrato de suministro de electricidad, con su documentación adjunta, firmado por [...] en fecha [...] (documento nº 1 aportado por la empresa en su escrito de alegaciones de 7 de noviembre de 2018) en condición de cónyuge de la persona titular del contrato, cuando no concurre tal circunstancia de parentesco civil. La no existencia del citado vínculo matrimonial queda probada con la denuncia del propio titular a la que adjunta copia del Libro de Familia donde consta como cónyuge una persona distinta a [...] y con la certificación negativa de matrimonio de [...], expedida por el Registro Civil [...].

SEGUNDO. ENDESA ENERGIA procedió a dar de alta el contrato de suministro de gas natural de su referencia nº [...], titularidad de [...], con dirección de suministro [...], y CUPS: [...], sin su consentimiento.

Este hecho resulta probado:

- Por la existencia de un contrato de suministro de gas natural, con su documentación adjunta, firmado por [...] en fecha [...] (documento nº 1 aportado por la empresa en su escrito de alegaciones de 7 de noviembre de 2018) en condición de cónyuge de la persona titular del contrato, cuando no concurre tal circunstancia de parentesco civil. La no existencia del citado vínculo matrimonial queda probada con la denuncia del propio titular a la que adjunta copia del Libro de Familia donde consta como cónyuge una persona distinta a [...] y con la certificación negativa de matrimonio de [...], expedida por el Registro Civil [...].

TERCERO. El contrato de suministro de electricidad estuvo en vigor desde el [...] y el de suministro de gas desde el [...]. ENDESA ENERGÍA no ha cobrado ninguna factura generada por el alta de dichos contratos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones previstas en el párrafo 4 del artículo 66 de la misma Ley. Con arreglo al artículo 116.3.c) de la LSH corresponde a la CNMC

la imposición de sanciones por las infracciones previstas en el artículo 111.d) de la misma Ley.

Según el artículo 7.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, relativo a la supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, corresponde a la CNMC «*velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador*».

En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

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).

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 66 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (en adelante LSE) contempla entre las infracciones leves, en su apartado 4, la siguiente: «*El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes*».

De forma idéntica, el artículo 111 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante LSH), contempla entre las infracciones leves, en su apartado d), la siguiente: «*El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes*».

Es indudable que la primera y principal exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor o de alguno de sus representantes, exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente, y que

no desaparece ni se atenúa (más bien al contrario) por la circunstancia de que haya mediado la intervención de un tercer sujeto que realiza para la empresa comercializadora la tarea de captación de clientes y promoción de productos.

Efectivamente, el artículo 44.1.c) de la LSE señala el derecho del consumidor a «*elegir su suministrador*». Por otro lado, el artículo 46 de la LSE, establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado g) la de «*Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación*».

Del mismo modo, tanto el artículo 57 bis b) como el artículo 58 de la LSH establecen el derecho del consumidor a «*elegir suministrador*». Por otro lado, el artículo 57 bis e) de la LSH establece el derecho del consumidor a disponer de un contrato «*con el comercializador*», con un cierto contenido, correlativa obligación del comercializador.

La obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores pone de manifiesto que es el comercializador, y solo el comercializador, el titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, a él corresponde comprobar la identidad del consumidor y de quien contrata en su nombre, y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro. Y ello tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado la captación de clientes.

Es evidente que, en el presente caso, ENDESA ENERGÍA dio por cierta la relación matrimonial de la presunta cónyuge del consumidor sin contar con prueba alguna, más allá de la mera declaración de voluntad de la citada persona. Persona esta a la que no se le preguntó en la grabación telefónica por ningún dato personal del consumidor más allá del nombre y los apellidos.

Sorprende sobre la llamada de control —medida extraordinaria según ENDESA ENERGÍA para comprobar la identidad del sujeto y su consentimiento- que quien realiza en nombre de ENDESA ENERGÍA la misma, no hiciera ninguna averiguación que excediera de lo expresamente incluido en el contrato, como por ejemplo la fecha de nacimiento, que hubieran dado al menos un indicio para poder acreditar la veracidad de la relación matrimonial. Es más, en algunas ocasiones la agente comercial adelanta la respuesta de [...] que se limita a asentir a lo preguntado.

A diferencia de otras llamadas de verificación conocidas por esta Comisión con ocasión de la tramitación de otros expedientes sancionadores tramitados contra ENDESA ENERGÍA, en la llamada que nos ocupa ni siquiera se pregunta a [...] la fecha de nacimiento del titular de los suministros, cuestión esta elemental dado

que, tanto de no conocerse por la firmante como de haberlo sabido, hubiera servido para hacer saltar la alarma de esa comercializadora dado, por un lado, lo ilógico de que una persona no conozca la edad de su cónyuge o bien, por otro, se hubiera puesto de manifiesto la diferencia de 69 años existente entre ambos.

No es aceptable en este punto la alegación de ENDESA ENERGÍA respecto a que una averiguación más detallada podría haber supuesto perjuicios relativos a la intimidad o a la protección de datos personales, sin siquiera cumplir el objetivo de facilitar la información adecuada, pues la legislación en materia de protección de datos establece como uno de los supuestos de licitud del tratamiento, aquel que sea «*necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte*», según el artículo 6.1 b) del Reglamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016. Es evidente que, en este caso, una diferencia de edad de tal envergadura no justifica por sí misma la presunción de que el matrimonio no es tal, pero sí que es un indicio más que razonable que debería llevar a ENDESA ENERGÍA a extremar el celo en las comprobaciones para evitar una situación como la que se acabó produciendo. Por ello dicha llamada no cumplió el cometido que tenía asignado, esto es, recabar información adicional que «*garantice*», en palabras de la DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009, la identidad del cliente, requisito *sine qua non* para entender que este ha dado su conformidad expresa.

Tampoco puede ser acogida la alegación de ENDESA ENERGÍA de que se ha cumplido con los requisitos de identificación, aduciendo que «*la exigencia de copia del DNI no está prevista en la normativa vigente*» pues, como la propia mercantil reconoce, no estamos ante una obligación formal sino instrumental, por lo que debe buscarse el medio idóneo para garantizar la identidad y el consentimiento, como ya se ha dicho.

El tipo infractor concurre, pues, cuando no se ha cumplido con los requisitos de contratación, entre los cuales está asegurarse de que quien contrata es quien dice ser y que realmente puede contratar en representación de otro. La mencionada falta de acreditación de la correcta contratación con carácter previo a la activación del contrato es una conducta omisiva constitutiva de infracción prevista en el artículo 66.4 de la LSE, así como en el artículo 111.d) de la LSH.

Pese a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, la instrucción ha puesto de manifiesto indicios suficientes acerca de su falta de diligencia para comprobar la prestación de consentimiento del cliente. En el presente caso, no sólo no existe el parentesco matrimonial entre quien firma el contrato y el titular del suministro, lo que es una circunstancia objetiva acreditada en el expediente y que ENDESA ENERGÍA ni siquiera pretende impugnar, sino es que ni siquiera ha actuado al amparo de ninguna apariencia de veracidad, como injustificadamente alega, según se ha analizado y sobre lo que se volverá en el examen de la culpabilidad. El trámite de información previa sirve precisamente para recabar toda la información posible con la que decidir sobre la incoación o no de un

procedimiento, por lo que sus conclusiones preliminares en nada prejuzgan la ulterior decisión de este Organismo.

Además del desarrollo de la llamada telefónica, hay otros indicios de que existía una situación que requería de un esclarecimiento más profundo:

- Por lo que se refiere al documento donde constan los dos contratos de suministro firmados por [...], alega ENDESA ENERGÍA que constan datos de muy difícil obtención como el CUPS del cliente. Dicho dato consta en todas las facturas expedidas por las comercializadoras, tanto de gas como de electricidad, por lo que es un dato que ha podido obtenerse fácilmente de las propias facturas emitidas por los comercializadores anteriores [...], cuya foto se adjunta al documento. En cuanto al número de cuenta corriente que tanta importancia le atribuye ENDESA ENERGÍA por ser proporcionada por [...], lo único que se puede verificar del análisis de los documentos es que no coincide dicho número de cuenta con el que consta en la factura de la comercializadora de gas anterior, sin que por otro lado ENDESA ENERGÍA haya aportado indicio de prueba alguno de que dicha cuenta es efectivamente del titular del suministro y no otra invención de [...].
- En cuanto al DNI de [...] que se adjunta a los contratos, consta como domicilio [...]. Dicho domicilio no coincide con el del titular y el punto de suministro, con lo que difícilmente puede presumirse la vida en común de ambos.
- Las antiguas facturas de suministro de electricidad y gas correspondientes a las anteriores comercializadoras aportadas al expediente, son en realidad dos fotos sacadas en el rellano de una escalera.
- No consta que se haya adjuntado a los contratos copia de documento oficial alguno (DNI o pasaporte del titular) que hubiera permitido identificar al titular del suministro. Dicha circunstancia, que por otro lado se exige en cualquier acontecimiento de la vida ordinaria al actuar en representación de otra persona, habría permitido advertir a ENDESA ENERGÍA de la diferencia de edad entre el titular del suministro: [...] y de la firmante del contrato: [...]. Ya se ha advertido que eso no prejuzga la inexistencia del matrimonio, pero sí es un indicio que debería haber alertado a ENDESA ENERGÍA para realizar una comprobación más exhaustiva.

Por último, como es obvio, el que ENDESA ENERGÍA disponga de un sello de calidad en el proceso de captación de clientes expedido por una entidad certificadora no excluye su responsabilidad en esta concreta contratación.

En conclusión, procede rechazar el conjunto de alegaciones presentadas por ENDESA ENERGÍA relativas a la no concurrencia del principio de antijuridicidad en su actuación, existiendo una conducta de ENDESA ENERGÍA, típica de las infracciones leves recogidas en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico y en el artículo 111 d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos; en concreto, del incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación, al haberse suscrito el contrato de suministro de electricidad y gas sin consentimiento de la persona titular del contrato y sin asegurarse de que quien contrata es quien dice ser y que realmente puede contratar en nombre de otro.

En cuanto a la alegación sobre la eventual inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente infringidos, no corresponde a esta Comisión hacer valoraciones en ese sentido, pues la actuación administrativa de este Organismo se limita a cumplir la legislación vigente en el ejercicio de las potestades reconocidas por Ley.

En definitiva, la instrucción practicada acredita que en el presente caso tuvo lugar una infracción de ENDESA ENERGÍA que se circunscribe a la efectiva comprobación de consentimiento para la contratación. En esa medida, la infracción consistió en el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, pues ENDESA ENERGÍA no comprobó adecuadamente la prestación del supuesto consentimiento. En vista de lo anterior no se considera, en particular, que en atención a la gravedad objetiva de la conducta y a la lesión del bien jurídico protegido, procediese la tipificación como grave de la conducta.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

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 130.1 de la Ley 30/1992, según el cual *«sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia»*. En términos similares, el artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015 señala: *«Solo 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».

Lo anterior 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»*¹.

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 estas se encuentra en primer plano la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44.c de la LSE y 57 bis b de la LSH). 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 sean necesarios para permitir al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor.

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo e 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.

Alega ENDESA ENERGÍA que no hubo culpabilidad porque al recibir el contrato debidamente cumplimentado y firmado, procedió a realizar una llamada de control de calidad en la que la cónyuge del consumidor confirma todos los aspectos y que ello dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora.

En primer lugar, y hay que insistir en ello, la llamada de control se limita a preguntar los datos que figuran en el contrato. Es decir, si había algún dato incorrecto o directamente falso, era imposible que la llamada de control pudiera advertirlo. Con este punto de partida, es fácil entender que esta llamada por sí misma no prueba la diligencia alegada, bien al contrario, reafirma su inexistencia, pues al carecer de cualquier tipo de contraste era ineficaz para ejercer la labor que estaba supuestamente llamada a hacer, es decir el control de la actividad comercial. Control supone oposición, contraste, plena verificación y supervisión, no una serie de preguntas formularias que pueden ser contestadas por cualquier persona que tuviera el contrato en la mano.

Afirma ENDESA ENERGÍA que anuló las facturas por deferencia comercial, aunque previamente se reconoció que tal actuación siguió a la denuncia ante la OMIC del Ayuntamiento [...]. Debió ser por tanto un control externo el que advirtiera de la irregularidad.

La Sala no tiene elementos de convicción que permitan afirmar que tal conducta haya respondido a una decisión consciente y voluntaria de ENDESA ENERGÍA, la cual sería constitutiva de dolo. Ahora bien, es indudable que ENDESA ENERGÍA ha hecho dejación negligente de sus obligaciones de control de la contratación en este supuesto concreto, y que dicha negligencia determina la existencia de culpabilidad. No impide tal consideración el hecho de que ENDESA ENERGÍA creyera actuar bajo apariencia de veracidad, pues el control se demostró insuficiente, no solo atendiendo al resultado, sino también a la ausencia de una verdadera adecuación del mecanismo para garantizar las verdaderas identidad y conformidad del cliente.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA.

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 este.

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

La conducta infractora se atribuye a la empresa a título de negligencia culpable, sin que se haya apreciado una intención dolosa. Igualmente ha de tenerse presente que la actuación en cuestión afecta exclusivamente a un único consumidor y que ENDESA ENERGÍA renunció voluntariamente a cobrar la energía facturada durante el periodo en que estuvieron dados de alta los nuevos contratos de suministro de electricidad y gas. Por otro lado, una compañía como ENDESA ENERGÍA está obligada a aplicar medidas estrictas de control del consentimiento prestado por los supuestos clientes que contraten con ella, siendo este un caso de negligencia en su actuación.

No se ha estimado necesario recabar el importe neto anual de la cifra de negocios de ENDESA ENERGÍA puesto que se considera que el importe de multas que se propone queda obviamente por debajo del porcentaje señalado, sin perjuicio de la alegación que, de contrario, se pudiera presentar. En cualquier caso, dicho importe debe considerarse en relación con la cuantía de las multas propuestas, de modo que la misma queda comprendida en el 10% del tramo inferior del importe máximo legalmente señalado.

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de la infracción por una culpa negligente pero no dolosa de la infractora, y considerando el principio de proporcionalidad, la presente Resolución, en la medida en que considera que los hechos son constitutivos de dos infracciones administrativas distintas, una por cada tipo de suministro (gas y electricidad), impone una multa de **20.000 euros por cada una de las infracciones cometidas (es decir, por importe total de 40.000 euros)**, al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes.

Dicha cuantía supone un importe mínimo si se pone en relación con el importe máximo previsto para las infracciones leves (600.000 euros). En concreto, en este caso, se impone una multa, por cada una de las dos infracciones, que supone el 3,33% de dicho importe máximo con el que la Ley autoriza a sancionar una infracción leve.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que ENDESA ENERGÍA, SAU es responsable de la comisión de una infracción leve, tipificada en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO. Declarar que ENDESA ENERGÍA, SAU es responsable de la comisión de una infracción leve, tipificada en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

TERCERO. Imponer, a la citada empresa, dos sanciones consistentes en el pago de una multa de **veinte mil (20.000) euros por cada una de las citadas infracciones, sumando un total de cuarenta mil (40.000) euros.**

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.