

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENDESA ENERGÍA, S.A. POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA LA FORMALIZACIÓN DE CONTRATOS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.**

**SNC/DE/105/18**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup> María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Benigno Valdés Díaz  
D. Mariano Bacigalupo Saggese  
D. Bernardo Lorenzo Almendros  
D. Xabier Ormaetxea Garai

**Secretario de la Sala**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 5 de marzo de 2020

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.**

Con fecha 19 de marzo de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC») escrito de [...], en condición de herederos de [...], mediante el cual denunciaban tres cambios de suministrador sin consentimiento. El titular de los tres puntos de suministro objeto de la reclamación era [...] –fallecido, según el Registro Civil de Barcelona, el 31 de marzo de 2017- y las direcciones y CUPS de los mismos son las siguientes:

- [...]
- [...]
- [...]

Las sociedades involucradas en los hechos denunciados son las sociedades ENDESA ENERGÍA, S.A. y ENDESA ENERGÍA, XXI. S.L.U. (en adelante «ENDESA XXI»).

El denunciante manifiesta que en septiembre de 2017 observó que, en los contratos antes referenciados, se habían producido cambios sin consentimiento del titular. Los cambios advertidos afectaban a la comercializadora, a la tarifa aplicable, a la potencia y a la tensión del suministro.

## **SEGUNDO. Período de información previa.**

El 3 de abril de 2018, 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 el marco de dichas diligencias previas, se requirió, tanto a ENDESA ENERGÍA, S.A. como a ENDESA XXI a fin de que aportasen los documentos contractuales, u otra acreditación del consentimiento del consumidor al cambio de comercializador, así como las facturas generadas, y fechas de alta y baja en los contratos. Igualmente, se les solicitó que acreditaran el historial de comunicaciones con el consumidor y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente.

Con la misma fecha de 3 de abril de 2018 se notificó al sujeto denunciante la apertura del periodo de información previa indicado.

Con fecha 6 de abril de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A. y ENDESA XXI solicitaron ampliación del plazo para atender el requerimiento de información cursado. Dicho plazo fue ampliado mediante comunicación de fecha 6 de abril de 2018.

Ambas sociedades no atendieron el requerimiento cursado en plazo, motivo por el cual, con fecha 7 de mayo de 2018, se reiteró la solicitud de información cursada.

### **TERCERO. Contestación de ENDESA ENERGÍA, S.A. al requerimiento de información.**

El 28 de mayo de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A. atendió el requerimiento de información que le fue reiterado manifestando, respecto a los hechos objeto de denuncia, lo siguiente:

- Que, con fecha 22 de agosto de 2017, [...] **contrató con ENDESA ENERGÍA, S.A. de forma presencial**, con una potencia de 9,20 kW y una tensión de 230 V, los tres suministros eléctricos objeto de discrepancia.
- Que, con ocasión de la citada contratación, se generaron tres contratos que entraron en vigor el 23 de agosto de 2017 y cursaron baja el 7 de noviembre de 2017, el 4 de noviembre de 2017 y el 6 de abril de 2018 respectivamente, por cambio de comercializadora.
- Que, respecto a la reclamación presentada por los herederos de [...], a través de la web de ENDESA ENERGÍA, S.A., con fecha 31 de octubre de 2017, se le comunicó que en la contratación no se advirtió ninguna irregularidad.
- Que, respecto a la nueva reclamación presentada el 2 de noviembre de 2017, pese a entender conforme a la normativa las contrataciones, ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a tramitar la devolución de los suministros a su compañía anterior.
- Que, con fecha 5 de diciembre de 2017, [...], en su condición de heredero de [...], remitió a ENDESA ENERGÍA, S.A. escrito de disconformidad con la contratación y baja de los contratos efectuados.
- Que, una vez verificadas las bajas de los contratos asociados a los suministros de la calle [...], se informó al reclamante que para solicitar copia de los contratos debería remitir comunicación a la dirección Ribera del Loira, 60 de Madrid.
- Que, con fecha 21 de diciembre de 2017, [...] remitió nuevo escrito de disconformidad y ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a remitir respuesta en el mismo sentido, adjuntando copia de los contratos solicitados.
- Que, respecto al contrato correspondiente al suministro del Paseo [...], debido a un error involuntario en la tramitación de la solicitud del reclamante, se produjo un retraso en la devolución del punto de suministro a su anterior comercializadora, continuando el contrato en

vigor hasta el 6 de abril de 2018. No obstante, debido al retraso en la tramitación de la baja se procedió a la devolución de los importes facturados.

#### **CUARTO. Escrito del denunciante reiterando los perjuicios sufridos.**

En el marco de las actuaciones previas, con fecha 5 de junio de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de [...] en el que, en síntesis, manifiesta:

- Respecto al suministro del Paseo [...], corrobora la información dada por ENDESA ENERGÍA, S.A.; no obstante, reclama que las condiciones no son las mismas que tenía antes, al haberse modificado la potencia contratada de 8,8 Kw a 9,20 Kw.
- Respecto a los suministros de la calle [...], también corrobora lo manifestado por ENDESA ENERGÍA, S.A.; sin embargo, reclama igualmente el importe de la facturación generada irregularmente y el cambio de potencia de 8,8 Kw a 9,2 Kw.

Finalmente, [...] alude a una comunicación remitida por ENDESA con fecha de 23 de mayo de 2018 en la que se indica que [...] no mantiene ningún contrato en vigor con la comercializadora y que se entiende conforme (a la norma) la contratación de los tres puntos de suministro.

[...] reitera su disconformidad con las actuales contrataciones debido al perjuicio económico que le produce el incremento de potencia ya indicado.

#### **QUINTO. Contestación de ENDESA XXI al requerimiento de información.**

Con fecha 5 de junio de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA XXI a través del cual se da cumplimiento al requerimiento de información practicado el 3 de abril de 2018. ENDESA XXI expone los hechos en términos similares a lo manifestado por ENDESA ENERGÍA, S.A. No obstante, lo anterior respecto a la restitución de las potencias contratadas, expone que: «(...) *no fue posible, ya que, de acuerdo a la Resolución del 8 de septiembre de 2006 de la Dirección General de Política Energética y Minas, todos los puntos de suministro deben acogerse a una de las potencias normalizadas publicadas en el BOE de 27 de septiembre de 2006 (...)*».

**SEXTO. Escrito del denunciante en respuesta a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. y ENDESA XXI.**

Mediante oficio de la Subdirección de Regulación Económico-Financiera de la Dirección de Energía de la CNMC de fecha 27 de junio de 2018 se dio traslado de la documentación obrante en el expediente al sujeto denunciante a fin de que confirmase, desmintiese o corrigiese las manifestaciones efectuadas por las comercializadoras ENDESA ENERGÍA, S.A. y ENDESA XXI, respecto a los cambios de suministro denunciados.

Con fecha 3 de julio de 2018 [...] remitió escrito de discrepancia respecto a lo expuesto por las citadas comercializadoras. Así, [...] manifiesta la inviabilidad física de la firma presencial de los contratos objeto de discrepancia, atendiendo a la fecha de fallecimiento del titular y supuesto firmante de los mismos -31 de marzo de 2017- y la fecha de la firma de los contratos -22 de agosto de 2017-.

Concluye su escrito reiterando su pretensión de devolución de las cantidades indebidamente facturadas, la restitución de las potencias anteriores y la incoación de un procedimiento sancionador conforme a los hechos denunciados.

**SÉPTIMO. Antecedentes de resoluciones firmes contra ENDESA ENERGÍA, S.A. por incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.**

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en sesión de 12 de enero de 2017 y en el marco de los procedimientos sancionadores SNC/DE/025/16, y SNC/DE/027/16, acordó declarar a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A. «*responsable de la comisión de una infracción leve*», en cada uno de citados expedientes, de conformidad con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, debido al incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

La misma Sala de Supervisión Regulatoria, esta vez en sesión de 23 de febrero de 2017, en el marco del procedimiento SNC/DE/041/16, acordó declarar a la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A. «*responsable de la comisión de una infracción leve*», de conformidad con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

**OCTAVO. Incoación del procedimiento sancionador.**

Con fecha 12 de diciembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de

creación de la CNMC (Ley 3/2013) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC -aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto-, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGIA, S.A. por presunto incumplimiento reiterado de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica.

Según el citado acuerdo, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la presunta activación el 23 de agosto de 2017 por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., sin consentimiento del consumidor [...], de los contratos de suministro eléctrico, ubicados en las siguientes direcciones y correspondientes a los CUPS que, a continuación, se indican:

- [...]
- [...]
- [...]

Los cambios practicados, sin consentimiento del titular, se mantuvieron hasta el 4 de noviembre de 2017 en el contrato correspondiente al suministro de la calle [...]; hasta el 7 de noviembre de 2017 en el contrato correspondiente al suministro de la calle [...]; y, finalmente, hasta el 6 de abril de 2018 en el contrato correspondiente al suministro del paseo [...].

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban en el acuerdo de incoación como infracción grave prevista en el artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, «*El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, así como de las condiciones de contratación y de apoderamiento con los clientes*».

El acuerdo de incoación fue notificado el 18 de diciembre de 2018 a ENDESA ENERGÍA, S.A., la cual, mediante escrito de 19 de diciembre de 2018, solicitó ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue concedida en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»).

#### **NOVENO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. al acuerdo de incoación.**

Con fecha 22 de enero de 2019 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGIA, S.A. en el que se manifestaba, en síntesis, lo siguiente:

- Que una persona que se identificó como [...] suscribió presencialmente tres contratos de suministro con ENDESA ENERGÍA, S.A.

- El sujeto contratante proporcionó toda la información necesaria para la contratación: DNI, CUPS, número de cuenta.
- En la fecha de formalización de la contratación, ENDESA ENERGÍA, S.A., desconocía que [...] había fallecido, dado que los herederos no se lo notificaron.
- Resultaría contrario a Derecho pretender responsabilizar a ENDESA ENERGÍA, S.A. del hecho de que un sujeto haya podido suplantar la identidad del titular del contrato.
- Que el artículo 66.4 de la Ley sectorial, por el que ya ha sido sancionado, es un tipo en blanco pudiendo resultar contrario a la Constitución.
- Que el 22 de agosto de 2017, quien se identificó como [...], formalizó presencialmente los contratos en un punto de servicio ajeno a ENDESA. Que el cotejo de las firmas que figuran en los contratos y la del DNI revelan la existencia de identidad entre ellas. La apariencia de veracidad no hizo dudar al personal del punto de servicio.
- Que, como consecuencia de lo expuesto, ENDESA ENERGÍA, S.A. dio de alta los contratos, gozando los contratos de una total y absoluta apariencia de veracidad.
- Que, dadas las circunstancias, no puede apreciarse falta de diligencia. Que ENDESA ENERGÍA, S.A., ha actuado con pleno respeto a la legalidad vigente.
- Que no es subsumible la conducta de ENDESA ENERGÍA, S.A., en el tipo sancionador. Que no procede equiparar una contratación válida en origen que posteriormente pueda devenir ineficaz, con una contratación realizada ya desde su origen por incumplimiento de alguna de las normas reguladoras.
- ENDESA ENERGÍA, S.A. reitera la apariencia de veracidad de la contratación solo desvirtuada por el certificado de defunción aportado por el reclamante.
- Que ENDESA ENERGÍA, S.A. ha actuado de forma diligente y no ha incumplido los requisitos de contratación.
- Concluye sus alegaciones manifestando la necesidad de observancia de los principios de tipicidad y culpabilidad.

## **DÉCIMO. Incorporación del depósito de cuentas anuales.**

Mediante diligencia de fecha 13 de marzo de 2019 se incorporó al expediente Nota del Registro Mercantil de Madrid, de fecha 8 de marzo de 2019, relativa al depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2017 de la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A., a efectos de la observancia de las disposiciones legales que afectan a la determinación del importe de la sanción.

## **UNDÉCIMO. Propuesta de resolución.**

Con fecha 14 de marzo de 2019 el Director de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución en la que propuso que se impusiese a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción agregada de 1.800.003 euros por las 3 infracciones graves que se consideraron cometidas, en los siguientes términos:

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

### **ACUERDA PROPONER**

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

**PRIMERO.** Declare que la empresa ENDESA ENERGIA, S.A. es responsable de la comisión de tres infracciones graves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento reiterado de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, así como de las condiciones de contratación y de apoderamiento con los clientes.

**SEGUNDO.** Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa:

- i) Seiscientos mil un (600.001) euros, en relación al incumplimiento reiterado de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes en relación con el suministro de la calle [...].
- ii) Seiscientos mil un (600.001) euros, en relación al incumplimiento reiterado de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes en relación con el suministro de la calle [...].
- iii) Seiscientos mil un (600.001) euros, en relación al incumplimiento reiterado de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes en relación con el suministro del paseo [...].

La Propuesta de Resolución se notificó a la interesada con fecha 22 de marzo de 2019.

Asimismo, se comunicó a la interesada que podía reconocer su responsabilidad y proceder al pago voluntario de la sanción a los efectos de lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015.

#### **DUODÉCIMO. Alegaciones de la interesada en el trámite de audiencia.**

Por escrito de 11 de abril de 2019 ENDESA ENERGÍA, S.A. efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución del Director de Energía en las que, en síntesis, alegó:

- Que su actuación cumplió con la diligencia debida en lo relativo al deber de comprobar la identidad del contratante. Únicamente el fallecimiento del titular, del que no tuvo noticia hasta el mes de julio de 2018, desvirtuó la presunción de veracidad en la contratación.
- Que en la Propuesta de Resolución «*se realizan afirmaciones que predisponen de manera clara y evidente un resultado de manera previa a la Resolución*», vulnerando así el principio de objetividad que debe regir la actuación administrativa y el derecho a la presunción de inocencia, incurriendo por tanto en un vicio de nulidad de pleno derecho.
- Que se comete un error en la valoración de la prueba al imputar a ENDESA ENERGÍA, S.A. un comportamiento culpable que, sin embargo, tenía justificación objetiva y razonable.
- Que existe un error en la tipificación, pues se propone sancionar a la interesada por vía de responsabilidad objetiva, sin atender al requisito de culpabilidad necesario en todo procedimiento sancionador.
- Que no existe concurso real de infracciones y que se ha vulnerado el principio de *non bis in idem* al existir triple identidad de sujeto, hecho y fundamento en las tres conductas reprochadas.
- Que se vulnera, asimismo, el principio de proporcionalidad por imponer un importe excesivo que no ha tenido en cuenta circunstancias atenuantes.

#### **DECIMOTERCERO. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.**

Por medio de escrito de 22 de abril de 2019, 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 Ley 39/2015.

#### **DECIMOCUARTO. Informe de la Sala de Competencia.**

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

#### **HECHOS PROBADOS**

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

**Primero.** ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el 23 de agosto de 2017 el contrato de suministro eléctrico en mercado libre (Tempo 24 horas) para la vivienda ubicada en la Calle [...] **sin consentimiento del titular [...]**, contratación que se mantuvo hasta el día 7 de noviembre de 2017.

La activación del contrato «Tempo 24 horas» comportó el cambio de suministro de la tarifa regulada (PVPC) a un contrato en mercado libre.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. [...] falleció el 31 de marzo de 2017, a la edad de 87 años, según Certificación literal del Registro Civil de Barcelona (**folio 266 del expediente administrativo**). Esto es, el titular del contrato falleció más de cuatro meses antes de la formalización “presencial” del contrato.
2. Las firmas de la documentación correspondiente al contrato «Tempo 24 horas», a través del cual se prestaría supuestamente el consentimiento para el cambio de suministro, son manifiestamente distintas a la firma que figura en el DNI del sujeto fallecido [...] (**folios 145, 147, 148 y 149 del expediente administrativo**)

[...]

3. La devolución del punto de suministro con la comercializadora (regulada) anterior, según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A., ante la solicitud del reclamante: «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, ante la solicitud realizada por el reclamante, pese a

entender conforme la contratación realizada con Endesa Energía, S.A., se procedió a tramitar la devolución de los puntos de suministro con su anterior compañía». **(folio 89 del expediente administrativo)**.

**Segundo.** ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el 23 de agosto de 2017 el contrato de suministro eléctrico en mercado libre (Tempo 24 horas) para la vivienda ubicada en la Calle [...] **sin consentimiento del titular [...]**, contratación que se mantuvo hasta el día 4 de noviembre de 2017.

La activación del contrato «Tempo 24 horas» comportó el cambio de suministro de la tarifa regulada (PVPC) a un contrato en mercado libre.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. [...] falleció el 31 de marzo de 2017, a la edad de 87 años, según Certificación literal del Registro Civil de Barcelona **(folio 266 del expediente administrativo)**. Esto es, el titular del contrato falleció más de cuatro meses antes de la formalización “presencial” del contrato.
2. Las firmas de la documentación correspondiente al contrato «Tempo 24 horas», a través del cual se prestaría supuestamente el consentimiento para el cambio de suministro, son manifiestamente distintas a la firma que figura en el DNI del sujeto fallecido [...]**(folios 138, 140, 141 y 142 del expediente administrativo)**.

[...]

3. La devolución del punto de suministro con la comercializadora (regulada) anterior, según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A., ante la solicitud del reclamante: «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, ante la solicitud realizada por el reclamante, pese a entender conforme la contratación realizada con Endesa Energía, S.A., se procedió a tramitar la devolución de los puntos de suministro con su anterior compañía». **(folio 89 del expediente administrativo)**.

**Tercero.** ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta el 23 de agosto de 2017 el contrato de suministro eléctrico en mercado libre (Tempo 24 horas) para la vivienda ubicada en el Paseo [...] **sin consentimiento del titular [...]**, contratación que se mantuvo hasta el día 6 de abril de 2018.

La activación del contrato «Tempo 24 horas» comportó el cambio de suministro de la tarifa regulada (PVPC) a un contrato en mercado libre.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. [...] falleció el 31 de marzo de 2017, a la edad de 87 años, según Certificación literal del Registro Civil de Barcelona (**folio 266 del expediente administrativo**). Esto es, el titular del contrato falleció más de cuatro meses antes de la formalización presencial del contrato.
2. La remisión, con fecha 27 de diciembre de 2017, **sin firmar** de la supuesta contratación del suministro (con identificación del DNI del titular fallecido, Dirección del suministro –Paseo [...]-, CUPS, Referencia catastral, tarifa de acceso, potencia, tensión y Código de cuenta bancaria) con ENDESA ENERGÍA, S.A., por parte de [...] el 22 de agosto de 2017.
3. Las firmas de la documentación correspondiente al contrato «Tempo 24 horas», remitida en mayo de 2018, a través del cual se prestaría supuestamente el consentimiento para el cambio de suministro, son manifiestamente distintas a la del DNI del sujeto fallecido [...] (**folios 129, 131, 133, 134 y 135 del expediente administrativo**).

[...]

4. La devolución del punto de suministro con la comercializadora (regulada) anterior, según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A. ante la solicitud del reclamante: «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, ante la solicitud realizada por el reclamante, pese a entender conforme la contratación realizada con Endesa Energía, S.A., se procedió a tramitar la devolución de los puntos de suministro con su anterior compañía». (**folio 89 del expediente administrativo**).

La devolución de todos los importes facturados sobre la base de la contratación sin consentimiento, mediante el contrato «Tempo 24 horas», del suministro del Paseo [...], según reconoce la propia ENDESA ENERGÍA, S.A.: «No obstante lo anterior, teniendo en cuenta el retraso en la devolución con su anterior compañía del domicilio sito en Paseo [...], tras su solicitud en el mes de noviembre de 2017, y siguiendo nuestra política y compromiso con la mejora continua de nuestras prácticas comerciales y la calidad de atención a todos nuestros Clientes, por deferencia comercial se ha procedido a anular todas las facturas correspondientes a dicho contrato (facturas [...]).

Le informamos que se ha realizado una devolución con importe [...] sobre la cuenta [...]\*\*\*\*, el pasado 08/05/2018 correspondiente a las facturas [...] y [...], otra devolución con importe [...] sobre la cuenta [...]\*\*\*\*, el pasado 08/05/2018 correspondiente a la factura [...], y otra devolución con importe [...] sobre la cuenta [...]\*\*\*\*, el pasado 21/05/2018 correspondiente a la factura [...].».

## 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 24/2013 del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 65.23 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*».

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 Ley 39/2015; 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. Contestación a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A.**

ENDESA ENERGÍA, S.A. se opone a lo expresado en la Propuesta de Resolución, alegando la existencia de vicios procedimentales y materiales, así como error en la valoración de la prueba. Dichas alegaciones merecen un análisis individualizado:

#### 1) Sobre la supuesta diligencia de la infractora.

Alega ENDESA ENERGÍA, S.A. que las contrataciones se formalizaron presencialmente por alguien que, «*con total y absoluta apariencia de veracidad*», se hizo pasar por el verdadero titular.

Sin embargo, no es posible aceptar esa presunta diligencia por los motivos que pasamos a exponer a continuación. En primer lugar, la evidencia del fallecimiento del titular resulta incontrovertible, por lo que resulta que otra persona (sin entrar a valorar la presunta suplantación a la que se alude a lo largo de las alegaciones), formalizó ese cambio en la contratación. Se impone, por tanto, examinar cómo pudo un tercero hacerse pasar por el titular sin que dicha circunstancia fuera advertida por ENDESA ENERGÍA, S.A.

Según el relato de ENDESA ENERGÍA, S.A., se realizaron todas las verificaciones necesarias en orden a garantizar la identidad del cliente para formalizar el cambio de suministradora, sin embargo, en sus alegaciones solo es capaz de indicar la aportación de datos de contrato y otra documentación esencial, como el DNI y los CUPS de todos los domicilios afectados. Parece entender la interesada que las obligaciones que le impone la legislación en materia de electricidad tienen un contenido meramente formal, cuando lo sustantivo es el alcance material de las mismas, que exige una diligencia activa por parte de los comercializadores.

En efecto, lo que impone la norma es garantizar el efectivo consentimiento del titular, no la realización de una serie de trámites estandarizados que se han mostrado inhábiles para detectar nada menos que una alegada «suplantación de identidad».

La primera y principal exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor, exigencia que la Ley 24/2013 impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente.

Así, el artículo 46 de la Ley 24/2013 establece, entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado 1.g), la de «*Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación*». Esta mención pone de manifiesto que es el comercializador el titular del contrato de suministro con el consumidor y, por tanto, a él corresponde comprobar la existencia de la prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro.

No cabe por ello escudarse en la presentación de una información documental para rechazar toda responsabilidad, como hace la infractora. Por el contrario, una vez recibidos los datos y los documentos que los soportan, es preciso realizar una labor exhaustiva de comprobación, sea vía telefónica o presencial, que verdaderamente pueda determinar la veracidad de la información recibida. Los controles que la infractora aduce haber realizado han fallado en este caso de manera indiscutible pues, más allá de elucubraciones respecto de la

identidad del presunto suplantador, que no interesan a este organismo, es evidente que el finado no pudo prestar el consentimiento.

Por tanto, esta Sala no puede compartir la pretensión de ENDESA ENERGÍA, S.A. de que un control mecánico sea hábil para eximir de una obligación que tiene alcance sustantivo e individualizado, por lo que dicha alegación debe ser desestimada.

## 2) Sobre la supuesta falta de objetividad del instructor.

Según ENDESA ENERGÍA, S.A. la instrucción del procedimiento ha adolecido de vicio de nulidad por no haber respetado la presunción de inocencia de la – por entonces supuesta- infractora. Al efecto se resaltan algunos párrafos que demostrarían cómo se ha vulnerado la objetividad necesaria y, como consecuencia, «contaminado» la presente Resolución.

Al respecto hay que decir en primer lugar que el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, garantiza la debida separación entre la fase instructora y la resolutoria, de manera que es el Pleno o la Sala correspondiente, a quien corresponde determinar el sentido de la Resolución a partir de la Propuesta elevada por la instrucción, cuya principal tarea consiste en determinar los hechos acaecidos y proponer, bien el archivo, bien la imposición de una sanción, cuya valoración última corresponde a la Sala o el Pleno.

Una vez clara la separación funcional en el seno de la CNMC, podemos descartar la existencia de predeterminación del fallo examinando algunas de las afirmaciones puestas en entredicho por la infractora.

En primer lugar, pese a lo alegado insistentemente por ENDESA ENERGÍA, S.A., la información de que disponía el instructor –también esta Sala-, impedía tener por acreditada la entrega del contrato firmado en diciembre de 2017 (folio 31 del expediente administrativo). Refiere ENDESA ENERGÍA, S.A. que realmente lo que se facilitó no era una fotocopia del contrato original, sino «*una plantilla diferida y generada por el sistema comercial que incluye los datos de contratación y condiciones generales*». Eso, alega, explicaría por qué no se remitió una copia firmada del contrato a solicitud del reclamante, pero lo que ENDESA ENERGÍA, S.A. parece querer obviar es que no se le pidió una copia de las condiciones contractuales, sino «*documentación de quién autorizó dicho cambio de comercializadora*» (folio 469 del expediente administrativo; cfr. Folio 30). Ante dicha solicitud responde la infractora con una «plantilla diferida» a todas luces inhábil para determinar la identidad del presunto firmante.

La conclusión lógica de la instrucción es que dicha firma no existía, pues de haber existido se habría facilitado en el primer momento. En lugar de ello se

remitió con posterioridad un documento firmado cuya falsedad es incuestionable, lo que hizo que el instructor hablase de burda manipulación. Pero dicha manipulación, añade el instructor, no es cuestionada por ENDESA ENERGÍA, S.A., pues la compañía la atribuye a un tercero desconocido. La conclusión del instructor fue, por tanto, razonable: si se hubiera contado con una prueba de que el contrato estaba firmado se habría remitido en el primer momento, por lo que la resistencia a enviar dicha documentación, unida a la manipulación de la firma, permitían entender que nadie había firmado los contratos en agosto de 2017.

Dicha conclusión, por otra parte, no es absolutamente necesaria para acreditar la falta de diligencia de ENDESA ENERGÍA, S.A. pues, como dijimos en el anterior apartado, la obligación de verificación tiene alcance sustantivo. Aunque existiera prueba de que había una firma en agosto de 2017, ello no eximiría a la infractora del deber de cotejar la veracidad de todos los datos aportados.

Por tanto, más allá de que ENDESA ENERGÍA, S.A. no se sienta cómoda con el tono de la instrucción, es cierto que los razonamientos responden a los hechos, sin que existan visos de arbitrariedad ni de vulneración de la presunción de inocencia. A tal respecto es preciso decir que no basta que el uso de los tiempos verbales no sea estrictamente condicional en todas y cada una de las manifestaciones del instructor para considerar que hay predeterminación del fallo, pues es la Propuesta de Resolución la que debe ser valorada en su conjunto, siendo claro que en ella no se considera definitiva una infracción que aún debía ser elevada a esta Sala.

### 3) Sobre el supuesto error en la valoración de la prueba.

ENDESA ENERGÍA, S.A. considera que la instrucción ha cometido errores en la valoración de unas pruebas que, a su decir, justifican de manera objetiva la diligencia de la citada mercantil en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, no pueden compartirse las apreciaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. por cuanto los hechos alegados no desvirtúan las apreciaciones de la Propuesta de Resolución. En efecto, la infractora presenta un exhaustivo análisis de sus procedimientos internos y de sus credenciales como entidad reconocida por sus procedimientos de captación de clientes. Con todo, dicho análisis *in abstracto* no justifica por qué no se comprobó suficientemente la veracidad del consentimiento del titular, ligada en este caso a la identidad del mismo.

No se trata en esta sede de considerar más o menos acreditados los protocolos con que cuentan las compañías para conjurar los posibles riesgos en materia de consumidores, sino de comprobar si en este caso concreto se ha cumplido con el deber impuesto legalmente de comprobar el consentimiento efectivo por

parte del titular. Los argumentos presentados por ENDESA ENERGÍA, S.A. prueban que, efectivamente existe un procedimiento interno, pero no prueban que ese procedimiento haya sido útil ni adecuado para el cumplimiento de la obligación legal, ni desacreditan los hechos declarados probados por la instrucción.

4) Sobre la supuesta inculpación por vía de responsabilidad objetiva.

Alude ENDESA ENERGÍA, S.A. a que la Propuesta de Resolución incurre en un vicio grave por no tener en cuenta la culpabilidad a la hora de tipificar, por lo que se estaría proponiendo aplicar una sanción en la que únicamente se aprecian criterios objetivos. Sin perjuicio de la caracterización de la culpabilidad en la que más abajo nos detendremos, es preciso referir aquí que la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A. carece en este punto del más mínimo sustento, pues considera que una discrepancia valorativa constituye *per se* una omisión de un deber jurídico procedimental.

ENDESA ENERGÍA, S.A. razona que su conducta fue lo suficientemente diligente con unos argumentos que no convencen al instructor, quien considera que el núcleo de la obligación de la mercantil fue incumplido. Pues bien, ello únicamente acredita que instructor e infractora disienten, pero no que la Propuesta de Resolución aplique la responsabilidad objetiva como fundamento para proponer una sanción. En cambio, la Propuesta de Resolución considera acreditada la culpabilidad de ENDESA ENERGÍA, S.A., entendiéndose además que, incluso aceptando los argumentos de la infractora, nos encontraríamos ante un comportamiento negligente.

Por tanto, la Propuesta de Resolución incluye un análisis suficiente sobre la culpabilidad de ENDESA ENERGÍA, S.A., que excluye cualquier imputación de responsabilidad meramente objetiva.

5) Sobre la supuesta vulneración del principio *non bis in idem*.

ENDESA ENERGÍA, S.A. alega la vulneración del principio *non bis in idem* por la existencia de una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 40/2015 y en el artículo 71 de la Ley 24/2013, en dicción casi idéntica.

La alegación no puede acogerse, pues no se da en este caso la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que permitiría apreciar la existencia de duplicidad sancionadora.

En particular, ENDESA considera que existe identidad objetiva, pues «*el consentimiento fue uno solo*».

No cabe considerar que el traspaso del cliente sin su consentimiento en tres contratos de suministro diferentes constituya un hecho único.

Se dan en este caso tres infracciones, una por cada uno de los contratos en los que tuvo lugar el cambio de suministrador sin el debido consentimiento. Resulta obvio que no merece el mismo reproche sancionador el traspaso incontestado en una contratación que en tres contratos distintos. Y ello con independencia de que la activación del cambio pudiese haberse efectuado para los tres contratos en la misma fecha, cuestión que resulta irrelevante a estos efectos.

Existen tres infracciones que afectan al mismo titular, pero a CUPS y domicilios distintos. La mera coincidencia temporal de las infracciones no puede servir de justificación para obviar la necesaria diferenciación de las conductas.

En conclusión, la existencia de tres conductas distintas, una por cada uno de los contratos en los que tuvo lugar el cambio de suministrador sin el debido consentimiento, determina que no exista identidad objetiva en este caso, debiendo desestimarse la alegación sobre la supuesta existencia de *bis in idem*.

#### 6) Sobre la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad.

Finalmente, ENDESA ENERGÍA, S.A. considera vulnerado el principio de proporcionalidad por el importe, a su juicio excesivo, de la sanción propuesta. La instrucción no habría tenido en cuenta ninguna de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 67.4 de la Ley del Sector Eléctrico para graduar la sanción, haciendo «*manifiestamente desproporcionado*» el importe de la misma.

ENDESA ENERGÍA, S.A. también argumenta, aunque de forma tangencial e imprecisa, que se podrían haber «reconducido los hechos» al tipo leve del 66.4 de la Ley 24/2013 «atendiendo al principio de proporcionalidad» y al amparo de lo dispuesto en el 67.3 de la Ley 24/2013.

El propio artículo 67.1 a) de la Ley 24/2013 fija en 600.001 euros como la sanción mínima para las infracciones de carácter grave, que es precisamente la que se ha propuesto en el presente caso. En ningún caso, puede acogerse la solicitud de «reconducción» de los hechos al tipo leve, pues tanto los hechos probados como la propia existencia de reiteración han quedado sobradamente acreditados en el procedimiento.

Sin embargo, sí que es razonable en este caso aplicar el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, dado que no existen especiales circunstancias agravantes ni hay una acreditación del dolo. No se trata, pues, de modificar la tipificación, sino de hacer uso de la facultad que la ley otorga para ajustar la sanción en términos de proporcionalidad. Esta Sala comparte con el instructor del procedimiento la consideración de que existen tres infracciones graves diferenciadas que deben ser sancionadas, pero entiende, a la luz de todos los elementos concurrentes, y ante la ausencia de especiales elementos agravantes, que el importe de la sanción puede reducirse sin que ello suponga una merma del reproche sancionatorio.

El órgano competente para resolver puede hacer uso de la potestad que le otorga la ley de realizar una valoración jurídica propia de los hechos probados, no necesariamente coincidente con la Propuesta de Resolución. En este caso, aunque la Sala hace suyos los argumentos del instructor relativos a la calificación de las infracciones, considera justificada la alegación de la recurrente estrictamente en lo relativo a la aplicación de la proporcionalidad, lo que determina una reducción del importe de la sanción impuesta en los términos detallados en el Fundamento Sexto.

### **TERCERO. Inadmisión de la solicitud de prueba realizada por ENDESA ENERGÍA, S.A.**

En los otrosíes de sus alegaciones, propone ENDESA ENERGÍA, S.A. la práctica de determinadas pruebas documentales para el esclarecimiento de los hechos «*al amparo del artículo 77 de la LPAC*». Más allá del carácter manifiestamente improcedente e innecesario de las pruebas propuestas, que carecen de virtualidad para acreditar el cumplimiento del deber de verificar el efectivo consentimiento por el titular del contrato, nos encontramos ante una solicitud extemporánea.

El artículo 77 de la Ley 39/2015 citado por la infractora alude a la posibilidad de acordar un período de prueba en el marco de la instrucción del procedimiento.

*«Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días».*

La propuesta de prueba se hace, sin embargo, cuando ya ha finalizado la instrucción del procedimiento conforme al artículo 89.2 de la Ley 39/2015:

*«En el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados».*

Por tanto, se pretende la práctica de prueba fuera del momento procedimental al efecto, aun habiendo existido la posibilidad, durante la tramitación del expediente, de haber solicitado la práctica de pruebas que la entonces presunta infractora entendiera como adecuadas y pertinentes para la viabilidad de sus argumentos.

Sin perjuicio de la acreditada extemporaneidad en la solicitud, las pruebas propuestas son manifiestamente inidóneas para desvirtuar los hechos declarados probados por el instructor.

El núcleo del reproche a la infractora está en la realización de tres contratos por parte de una persona cuyo consentimiento era imposible de obtener por haber fallecido con meses de antelación. Ante la rotundidad de tales hechos, que en su objetividad no admiten discusión, las pruebas propuestas no tienen capacidad para acreditar la ausencia de infracciones, pero tampoco para mitigar la gravedad de las mismas.

La presunta apariencia de veracidad en la contratación, que la infractora pretende demostrar, no puede derivarse de datos meramente circunstanciales como la titularidad de las líneas telefónicas o cuentas bancarias. Tratándose de una contratación presencial, la correcta identificación en persona del consumidor no puede ser suplida por datos de menor relevancia, cuya capacidad de aportar certeza a la compañía es muy inferior a la que posibilita una contratación presencial.

Por todo ello, se inadmite la solicitud de prueba formulada.

#### **CUARTO. Tipificación de los hechos probados.**

El artículo 65.23 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción grave *«El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, así como de las condiciones de contratación y de apoderamiento con los clientes».*

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

Efectivamente, el artículo 46 de la Ley del Sector Eléctrico establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado 1 letra g) la de «*Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación*».

La mención por la Ley 24/2013 de la obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores, pone de manifiesto que es la comercializadora la titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, corresponde a la empresa comprobar la identidad y la voluntaria, correcta e informada prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro.

En los hechos probados del presente caso consta acreditado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico sin consentimiento de la persona titular, la cual ya había fallecido con anterioridad a la formalización de los contratos que dieron origen a la denuncia.

Esa evidente falta de consentimiento, en la que concurre la culpabilidad que se examinará más adelante, debe tener su reproche a través del tipo grave del artículo 65.23 debido a la reiteración existente en la conducta de ENDESA ENERGÍA, S.A.

La Ley 24/2013 en su artículo 67.5 define el concepto de reiteración para su aplicación a esta norma, al decir que: «*A los efectos de esta ley se considerará que un incumplimiento es reiterado cuando dentro del año inmediatamente anterior a su comisión el sujeto hubiera sido sancionado mediante resolución firme en vía administrativa con arreglo a la misma infracción*».

Según se ha advertido más arriba –y como ya constaba en la Propuesta de Resolución-, ENDESA ENERGÍA, S.A. fue encontrada responsable de sendos incumplimientos de los requisitos de contratación y apoderamiento de los clientes según el artículo 66.4 Ley 24/2013 por Resoluciones de 17 de enero de 2017 (SNC/DE/025/16 y SNC/DE/027/16) y 23 de febrero de 2017 (SNC/DE/041/16).

La firmeza en vía administrativa de las antedichas Resoluciones determina que debe aplicarse el tipo grave para los tres incumplimientos sancionados por la presente Resolución debido a la reiteración que se aprecia por haber transcurrido menos de un año entre los hechos de este expediente (23 de agosto de 2017) y los anteriores incumplimientos.

## **QUINTO. Culpabilidad.**

### a) Consideraciones generales

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual *«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»*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

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

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

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

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

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

Entre las obligaciones de los comercializadores figura la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador. Dicha obligación, correlativa a tal derecho del consumidor, supone asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. Presupuesto necesario de ello es la acreditación de la identidad del consumidor, deber inexcusable de la comercializadora.

En el presente caso, consta probado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de [...] sin su consentimiento, habida cuenta del fallecimiento de este meses antes del alta de los contratos, como ha quedado acreditado en el procedimiento.

Las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. sobre una presunta falta de culpabilidad no tienen sustento fáctico ni jurídico alguno, pues ha quedado sobradamente acreditada la inexcusable negligencia en la que incurrió la infractora en la deficiente comprobación de la identidad de ese supuesto sujeto firmante.

A lo largo de sus alegaciones, ENDESA ENERGÍA, S.A. dedica muchas páginas a demostrar que su procedimiento de control es idóneo y que únicamente una situación excepcional impidió que dichos controles funcionaran de manera correcta, pero ello debe ser tajantemente rechazado, pues la infractora se conformó con cumplir un trámite formal, vaciando de esa manera el verdadero núcleo de la obligación legal.

Es claro que siempre puede existir la amenaza de un fraude y que la mera actualización de este no puede achacarse automáticamente al comercializador, pero ello no puede entenderse como una eximente incondicional para el mantenimiento del celo en los controles.

En este caso ni siquiera ha quedado fehacientemente acreditado que existiera firma del contrato en agosto de 2017, pues las alegaciones al respecto de ENDESA ENERGÍA, S.A. carecen de verosimilitud y fuerza probatoria, al aportarse únicamente impresiones de pantalla que nada demuestran más que el marcaje de una fecha en una casilla. ENDESA ENERGÍA, S.A. habría podido remitir el documento con la firma cuando se le pidió, en lugar de expedir una copia de las condiciones generales y los datos de contratación. Con todo, no constando como hecho probado la manipulación de la firma por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A., sí que puede atribuirse a la citada mercantil la ausencia de una diligente comprobación de la identidad del supuesto firmante, cuya rúbrica no coincidía con la del DNI de [...].

No puede hacer esta Sala apreciaciones sobre la coincidencia fisonómica del presunto suplantador, si lo hubo, más allá de que es forzoso reconocer que su aspecto no podía ser en ningún caso equivalente al de la fotografía del

documento de identidad. Se trata de otro dato más de la deficiente comprobación, que determina la culpabilidad sin ambages de ENDESA ENERGÍA, S.A. por haber realizado una negligente labor de verificación de los datos de identidad de la presunta persona firmante, contentándose con recabar documentación de manera cuasiamatónica y sin hacer análisis crítico de la misma.

Por tanto, debe concluirse que en el presente caso concurre una culpabilidad a título de negligencia grave, al no haberse observado la mínima diligencia exigible en orden a obtener y comprobar la identidad del consumidor titular de los tres contratos de suministro.

### **SEXTO. Sanciones aplicables a las infracciones graves cometidas.**

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de al menos 600.001 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 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.

No concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.

Además de ello, también se toma en consideración que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de baja los contratos en cuestión y a devolver los importes facturados sobre la base de la contratación sin consentimiento, si bien posteriormente a la apertura del procedimiento de información previa por la CNMC.

Elemento esencial para la determinación de la sanción aplicable es la reiteración expresamente prevista por el legislador, que consta acreditada por las sanciones firmes en vía administrativa dentro del año inmediatamente anterior a los hechos aquí sancionados. Ello, unido a la individualidad de cada una de las tres infracciones cometidas en cada uno de los tres contratos, obliga a imponer tres sanciones por la comisión de sendas infracciones graves.

No obstante lo anterior, también debe ser objeto de aplicación el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 que permite, en casos en que no se aprecie una cualificada gravedad, aplicar la sanción prevista inferior en grado.

En el presente caso concurren indudablemente las circunstancias para considerar que se han producido tres infracciones graves, en línea con lo propuesto por el instructor; sin embargo, ante la ausencia de agravantes en los términos previstos en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 y teniendo en cuenta muy especialmente la no acreditación de dolo y la reparación del daño causado, esta Sala considera que el importe propuesto por el instructor, aunque ajustado a derecho, debe ser moderado siguiendo el principio de proporcionalidad

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de las infracciones por negligencia grave de la infractora, atenuadas en los términos antedichos, se impone una multa de cien mil euros (100.000 €) por cada una de las infracciones cometidas, sumando un total de trescientos mil euros (300.000 €) al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** Declarar que la empresa ENDESA ENERGIA, S.A. es responsable de la comisión de tres infracciones graves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento reiterado de los requisitos de contratación con los clientes.

**SEGUNDO.** Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de cien mil euros (100.000 €) por cada una de las tres infracciones graves cometidas, de modo que el importe agregado de las tres sanciones asciende a la cantidad de trescientos mil euros (300.000 €).

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.