

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

**SNC/DE/063/19**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidente**

D. Ángel Torres Torres

**Consejeros**

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez

**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 29 de octubre 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 8 de enero de 2019, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC»), escrito de la representante de la Comunidad de Propietarios [...], denunciando el cambio de suministrador sin consentimiento efectuado por la sociedad ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante ENDESA ENERGÍA), en el punto de suministro que se describe a continuación:

[...]

En concreto, la denunciante, en cuanto presidente de la Comunidad de Propietarios previamente indicada, informa que, desde el día 1 de enero de

2017 hasta agosto de 2018, ENDESA ENERGÍA realizó un cambio de comercializador sin consentimiento y aplicó la tarifa TEMPO 24 HORAS en vez del Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor (PVPC) que era la que la comunidad de propietarios tenía previamente contratada con Endesa Energía XXI, S.L.U. Tras varias reclamaciones, ENDESA ENERGÍA estima no procedente su reclamación y no atiende las reclamaciones de la denunciante.

Con fecha 18 de febrero de 2019, en el marco de las actuaciones previas contempladas en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»), la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC requirió a ENDESA ENERGÍA para que aportase la documentación que estimase conveniente en relación a los hechos descritos en la denuncia objeto del procedimiento (CNS/DE/058/19).

El día 26 de febrero de 2019, tuvo entrada en el Registro de la CNMC contestación al requerimiento recibido por el que dicha comercializadora expone que, el 2 de diciembre de 2016, [...] en calidad de representante de la Comunidad de Propietarios, contrató el suministro eléctrico con ENDESA ENERGÍA para el CUPS objeto de la reclamación.

Esta contratación fue formalizada de forma telefónica, no obstante, ENDESA ENERGÍA afirma que, debido a un error del sistema de archivo, no ha sido posible localizar la llamada que dio lugar a la entrada en vigor del contrato.

Esta contratación generó el contrato de suministro eléctrico nº [...], que entró en vigor el 1 de enero de 2017 y causó baja el 23 de agosto de 2018 por cambio de comercializadora.

Que, tras sucesivas reclamaciones de la denunciante, y no obstante entender que la contratación realizada es conforme, por deferencia comercial, y verificado que el contrato está dado de baja, ENDESA ENERGÍA procede a la anulación del cobro de las facturas emitidas durante la vigencia del contrato y a tramitar la devolución a favor de la Comunidad de Propietarios [...], por importe de 1.413,56 € y así lo acredita en el expediente.

Trasladado dicho escrito a la presidenta de la Comunidad denunciante, esta se ratifica en todo lo expuesto anteriormente sobre el cambio de tarifa de PVPC a Tempo 24 horas, realizado por ENDESA ENERGÍA sin consentimiento del titular del suministro. Indica, además, que [...], señalado por la comercializadora como la persona que celebró el contrato, no ha sido ni es propietario de ningún inmueble en la Comunidad, por lo que no ha podido realizar gestión alguna en nombre de la misma. Por último, acepta la devolución del importe cobrado indebidamente por ENDESA como reparación de los daños causados.

## **SEGUNDO. Incoación del procedimiento sancionador.**

El 27 de noviembre de 2019, el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, acordó incoar un procedimiento sancionador a ENDESA ENERGÍA S.A., por presunto incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro.

Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en el cambio de comercializador a favor de ENDESA ENERGÍA del punto de suministro de energía eléctrica identificado en el antecedente primero de la presente propuesta y del que la citada comercializadora no ha aportado documentación alguna que acredite el consentimiento expreso del consumidor mediante la formalización del correspondiente contrato.

En el acuerdo de incoación se establecía que dicha conducta podría ser considerada como una infracción leve establecida en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: *«El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro»*.

A este respecto, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, establece que *«Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad»*.

El acuerdo de incoación fue notificado a ENDESA ENERGÍA el día 12 de diciembre de 2019. Con fecha 24 de diciembre de 2019, se recibió escrito de la comercializadora solicitando la remisión de copia de los documentos obrantes en el expediente administrativo. De acuerdo con lo solicitado, y al amparo del artículo 53.1 a) de la Ley 39/2015, se cumplió con la puesta a su disposición del expediente administrativo sancionador de referencia, a través de la sede electrónica de la CNMC, según lo establecido en el artículo 14.2.a) de la citada Ley.

### **TERCERO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA al acuerdo de incoación.**

El 27 de diciembre de 2019, ENDESA ENERGÍA presentó sus alegaciones al acuerdo de inicio, las cuales pueden resumirse del siguiente modo:

- La empresa reconoce que la contratación objeto del presente sancionador fue formalizada de forma telefónica y que, debido a un error en el sistema de archivo de llamadas contractuales, no ha sido posible localizar la llamada que dio lugar a la entrada en vigor del contrato de luz nº [...]—vigente desde el 01/01/2017 hasta el 23/08/2018 fecha en la que causó baja por cambio de comercializadora-. No obstante, considera que existen indicios que revelan la existencia de consentimiento del cliente para la contratación y la conformidad a derecho de la misma. Dichos indicios serían básicamente la vigencia del contrato durante más de un año y medio, la inexistencia de reclamación alguna durante dicho periodo, así como el abono de la totalidad de las facturas emitidas durante la vigencia del contrato.
- Alega igualmente ENDESA ENERGÍA la prescripción de la infracción cuya comisión se le imputa. Justifica en primer lugar el carácter instantáneo o de tracto único de la infracción, en la que se lleva a cabo una única acción punible cuyos efectos se prolongan en el tiempo. Del análisis del tipo infractor, se comprueba que el deber de formalización de la contratación surge, por propia definición, en relación con un hecho puntual y específico como es la contratación del suministro eléctrico, el nacimiento de la relación contractual. No se trata por tanto de un deber permanente, sino puntual que tiene un momento determinado de cumplimiento. No constituye, por tanto, una actuación ilícita que persista en el tiempo, sino una actuación llevada a cabo en el momento de la contratación de la que solo sus efectos se mantienen en el tiempo.
- El carácter instantáneo de la infracción es lo que va a determinar, según ENDESA ENERGÍA, la aplicación de las reglas sobre prescripción contenidas en la normativa sectorial -Ley del Sector Eléctrico- y en las normas administrativas de aplicación, fundamentalmente, la actual Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. Así, por ser la infracción imputada de carácter leve, el plazo de prescripción es de dos años. De las reglas contenidas en el artículo 32 de la Ley 40/2015, el cómputo de la prescripción en cuanto al *dies a quo*, este quedaría fijado el día en que la infracción se hubiere cometido. Al ser la infracción imputada de tracto único - consumada en el momento de contratación del suministro-, será la fecha de contratación la que datará el inicio del cómputo de

prescripción. En cuanto al *dies ad quem*, debe considerarse la notificación a Endesa Energía del Acuerdo de incoación del presente procedimiento administrativo sancionador, por ser esta la primera actuación de la administración con eficacia interruptora.

- Partiendo de lo antedicho, dado que el alta del contrato se produjo el 01/01/2017 y el Acuerdo de incoación del presente procedimiento le ha sido notificado a mi representada el día 12/12/2019, debe concluirse indefectiblemente la procedencia de apreciar la prescripción de la infracción imputada a ENDESA ENERGÍA, al haber transcurrido ampliamente el plazo de dos años previsto en el artículo 74 de la LSE.
- Alega también ENDESA ENERGÍA la improcedente aplicación de la disposición adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio a los contratos de suministro eléctrico suscritos en mercado libre. Dicha Orden estaría restringida en su aplicación al mecanismo de traspaso al suministro de último recurso, quedando fuera de su ámbito las contrataciones efectuadas en mercado libre.
- Tras invocar profusa jurisprudencia sobre la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, considera vulnerado en el presente procedimiento, el principio de culpabilidad en cuanto que la culpabilidad requiere de intencionalidad (dolo) en la comisión de la infracción, estando prohibida la responsabilidad objetiva. Por ello, aunque el Acuerdo de incoación responsabilice a ENDESA ENERGÍA, la realidad es que la contratación tuvo lugar en legal forma, superando los controles de calidad instaurados por la comercializadora con el fin de validar las contrataciones efectuadas antes de dar curso a su activación, y habiendo determinado finalmente el alta del contrato.

Asimismo, alega la diligencia y la buena fe de su actuación, que, ante la imposibilidad de localizar el documento acreditativo de la contratación y con ocasión de la reclamación presentada, procedió a anular el cobro de las facturas de suministro eléctrico emitidas durante la vigencia de los contratos y a tramitar la devolución a su favor del importe de las facturas que habían sido abonadas. Estas circunstancias determinan la improcedencia de hacer responsable a ENDESA ENERGÍA del incumplimiento pretendido o de su intencionalidad en la infracción imputada.

Con base en lo anterior, ENDESA ENERGÍA solicita que se «*declare el archivo de las actuaciones y la inexistencia de cualquier responsabilidad imputable a Endesa Energía sobre la base de los argumentos consignados en el cuerpo de este escrito*».

#### **CUARTO. Propuesta de resolución.**

Con fecha 14 de julio de 2020 el Director de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución en la que propuso que se impusiese a ENDESA ENERGÍA una sanción de 10.000 euros por la comisión de una infracción leve que se consideró cometida, 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 ENERGÍA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de su obligación en relación con la formalización del contrato de suministro de energía eléctrica identificado en el hecho probado único de la presente propuesta.

**SEGUNDO.** Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil euros (10.000) por la comisión de la anterior infracción.

La Propuesta de Resolución se notificó a la interesada con fecha 21 de julio de 2020.

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.

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

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

- Que se ratificaba íntegramente en las alegaciones realizadas al acuerdo de incoación.
- Que el hecho de no poder acreditar documentalmente la contratación no es suficiente para concluir que se hayan incumplido las obligaciones en materia de formalización de los contratos. Además, se devolvieron los importes abonados por las facturas emitidas durante la vigencia del contrato.

- Que, de existir la infracción, sería de tracto único, por lo que estaría prescrita, ya que el *dies a quo* habría que fijarlo en el momento de la contratación.
- Que no procede aplicar la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 a los contratos suscritos en el mercado libre, ya que su ámbito de aplicación es únicamente para el suministro de último recurso.
- Que no concurre el requisito de culpabilidad.

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

Por medio de escrito de 10 de septiembre de 2020, 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.

### **SÉPTIMO. 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:

**ÚNICO.** ENDESA ENERGIA, S.A. ha incumplido su obligación en relación con la formalización de un contrato de suministro de energía eléctrica, en lo referente el deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor.

El contrato no formalizado es el siguiente:

[...]

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

- Contenido del escrito de contestación de ENDESA ENERGIA al requerimiento de información efectuado por la CNMC en el ámbito del expediente de información CNS/DE/058/19, incorporado al presente expediente sancionador como Diligencias Previas, donde Endesa Energía reconoce literalmente:

*“Que, habiendo consultado nuestros sistemas comerciales con los datos facilitados, les informamos de que en fecha 02/12/2016, [...], con DNI [...], en calidad de representante de la COM. PROP. [...], con CIF [...], contrató el suministro eléctrico con Endesa Energía S.A.U. para la dirección de suministro sita en [...], CUPS eléctrico [...] Dicha contratación fue formalizada de forma telefónica. No obstante, debido a un error en el sistema de archivo de llamadas contractuales, no ha sido posible localizar la llamada que dio lugar a la entrada en vigor del contrato de luz nº [...].”*

- Contenido de las propias alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. formuladas en el seno del presente procedimiento sancionador – a los folios 181 al 196 del expediente- de 27 de diciembre de 2019, en el cual se reitera en lo ya manifestado en su escrito de contestación al requerimiento de información y reconoce expresamente los siguientes hechos:
  - la existencia de la contratación formalizada de forma telefónica,
  - el error en el sistema de archivo de las llamadas contractuales,
  - la no localización de la llamada que dio lugar a la entrada en vigor del contrato en cuestión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Habilitación competencial y legislación aplicable.**

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 66.1 de la misma Ley.

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 nueve meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

El día 14 de marzo de 2020, al amparo de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se produjo la suspensión del procedimiento.

El día 1 de junio se reanudó el plazo para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador según el apartado décimo de la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

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.**

ENDESA ENERGÍA se opone a lo manifestado en la Propuesta de Resolución, alegando la existencia de vicios procedimentales y materiales. Dichas alegaciones ya fueron cumplidamente contestadas en la Propuesta de Resolución, por lo que únicamente resta aquí hacer una sucinta mención a las mismas:

- 1) Sobre el supuesto cumplimiento en materia de formalización del contrato.

La primera alegación de ENDESA ENERGÍA insiste en el presunto cumplimiento de la formalización del contrato, basándose para ello en la existencia de indicios que, a su juicio, acreditarían la realidad del contrato y el consentimiento de la denunciante por medio de un representante. Además, según ENDESA ENERGÍA, la devolución de los importes cobrados, por

«deferencia comercial» abundaría en la ausencia de cualquier comportamiento ilícito.

Como señala la propuesta de resolución del instructor, la alegación de ENDESA ENERGÍA parece referirse más bien a un supuesto de inexistencia de consentimiento –no tratado aquí- que a lo que se acredita en los hechos probados, a saber, la infracción relativa a la formalización del contrato de suministro, en lo referente a la no conservación de la documentación acreditativa del mismo.

Los indicios a los que alude ENDESA ENERGÍA prueban únicamente que durante el período de facturación del contrato en la modalidad TEMPO 24 HORAS no hubo impago ni reclamación por parte del cliente. Esa tolerancia, sobre cuyo carácter consciente o inconsciente no es relevante discutir, no puede tener los efectos enmendadores que la mercantil quiere atribuirle, puesto que ni acredita la existencia del contrato ni subsana la falta de conservación documental.

El hecho de haberse procedido a la devolución de los importes debe tenerse en cuenta a nivel de cuantificación de la multa, pero no obsta a la apreciación de la comisión del tipo y a la efectiva culpabilidad, más aún cuando la Propuesta de Resolución no menciona una conducta dolosa, sino una negligencia por parte de la mercantil, que no cumplió con las obligaciones existentes en materia de conservación documental.

## 2) Sobre la supuesta prescripción de la infracción.

La segunda alegación relativa a la prescripción de la infracción se contradice frontalmente con la naturaleza de la obligación cuyo incumplimiento se achaca a ENDESA ENERGÍA. La literalidad de la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, que se reputa infringida, no deja lugar a dudas sobre el carácter permanente de la infracción consistente en la falta de formalización en lo referente a la conservación de la documentación acreditativa del consentimiento. Así, dicha disposición adicional exige que se mantenga «en todo momento», es decir, durante toda la vida de la relación contractual, la documentación acreditativa del consentimiento:

### ***Disposición adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador.***

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

*El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos*

*de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.*

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

La conservación de los documentos acreditativos de la formalización de la contratación, que son necesarios durante toda la ejecución del contrato, no puede, por su propio carácter, circunscribirse al momento puntual de contratación. Hablar de una «conservación puntual» carece, como es obvio, de todo sentido.

ENDESA ENERGÍA vuelve a confundir el contenido del tipo infractor aplicado, pues no se está analizando ni sancionando una posible ausencia de exteriorización del consentimiento, sino la falta de conservación de los documentos acreditativos de la formalización del contrato, circunstancia cuya concurrencia es incuestionable a la vista de las declaraciones de la propia compañía recogidas en los hechos probados del presente procedimiento.

La conservación de dichos documentos, que deben estar disponibles en todo momento, es requisito *sine qua non* para el inicio y la ejecución de la relación contractual, por lo que su naturaleza de obligación de tracto sucesivo no ofrece lugar a dudas.

A ello debe añadirse, como señaló la propuesta de resolución, que carece de fundamentación la pretensión de ENDESA ENERGÍA de considerar que la falta de conservación del contrato de suministro es un único acto instantáneo a efectos de prescripción, con unos efectos que se mantienen en el tiempo.

Con relación a las infracciones permanentes, la propuesta de resolución hizo referencia a pronunciamientos tanto del TS como del TSJ de Madrid que señalan que en infracciones de carácter duradero, la consumación tiene lugar en el momento en que cesa el ilícito, momento en que comienza el cómputo de los plazos de prescripción<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 (casación 2687/2016) ha declarado que las infracciones permanentes se caracterizan por una única acción antijurídica de carácter duradero: «*la infracción permanente no requiere un concurso de conductas ilícitas sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta. STS, de 4 de noviembre de 2013 (recurso 251/2011)*». Igualmente, el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 10ª, S 14-7-2016, nº 360/2016, rec. 550/2013, dispone expresamente: «*Al no haber cesado los efectos del acto infractor debe necesariamente considerarse un acto continuado en el tiempo. La Sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de febrero de 2000 señala al respecto que la infracción continuada «entraña el mantenimiento de una situación ilícita en tanto no sea alterada mediante una conducta contraria por parte del autor de la infracción». El Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de enero de 1982 señala que «tanto los delitos permanentes, como los de*

En este caso, la infracción consiste en la falta de conservación de la documentación que formaliza el correspondiente contrato de suministro de electricidad y la oportuna prestación del consentimiento del cliente al cambio. La fecha a considerar a efectos prescriptivos no es la fecha aislada del alta del cliente en los sistemas informáticos de ENDESA ENERGÍA, S.A., como señala la empresa. La falta de conservación de la documentación acreditativa del consentimiento en una determinada contratación persiste en el tiempo de forma duradera, en tanto la empresa no cumpla con la misma o cese la obligación de formalizar la relación contractual<sup>2</sup>.

Aplicando a este caso la reiterada jurisprudencia sobre la materia, se concluye, que, dada la naturaleza permanente de la infracción, el cómputo de la prescripción se iniciaría con el cese de los efectos del acto infractor, o bien por la formalización del correspondiente contrato, o bien debido a la finalización de la relación contractual, como ha sido el caso.

No cabe, por lo demás, otra interpretación razonable. No sería de recibo considerar que, estando vigente una relación contractual con un cliente, este no tuviera derecho a disponer de un contrato en el que se formalice su relación con la empresa más allá de la fecha de alta en cuestión (sin entrar ahora a determinar si se prestó o no el consentimiento).

Es notorio que la relación contractual con una empresa suministradora de energía puede llegar a ser muy prolongada en el tiempo. La propia naturaleza del contrato (cuya falta de conservación se sanciona): «contrato de suministro» obliga a disponer del soporte documental de la contratación durante todo el periodo en que esté vigente el objeto de la relación contractual.

En definitiva, la falta de conservación de la documentación que acredite la formalización de la voluntad del cliente de cambiar de suministrador por parte de los obligados a ello constituye una infracción de carácter permanente cuyo plazo de prescripción no comienza a computarse hasta que cesa dicha infracción.

---

*tracto sucesivo y los continuados, no se entienden consumados sino en el momento y día en que ha cesado la actividad delictiva y el imputado ha interrumpido definitivamente su comportamiento antijurídico».*

<sup>2</sup> Esto último resulta, entre otras, de la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2011 (recurso 379/2009), la cual confirmó que el plazo prescriptivo no se inicia hasta el cese de la infracción (en coherencia con el vigente artículo 30.2 de la Ley 40/2015, citado): «esta Sala ha declarado con reiteración, ya desde la SAN, 21 de septiembre de 2001 (Rec. 95/2000), que [las infracciones permanentes] (...) se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo, lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia “al no haber cesado la situación de infracción perseguida” - STS de 18 de febrero de 1985...” . Criterio que también ha sido seguido, entre otras, en las SSAN de 21 de noviembre de 2007 (Rec.117/2006), 11 de diciembre de 2008 (Rec. 574/2007)».

Resulta por tanto de aplicación, lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Ley 40/2015, citado por la propia empresa, cuando señala, con relación a las infracciones permanentes, lo siguiente:

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

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

En consecuencia, no ha tenido lugar la prescripción invocada por la empresa, por cuanto la fecha de inicio del cómputo del plazo prescriptivo es la de 23 de agosto de 2018, fecha en que finalizó la relación contractual con el cliente, al darse de baja con la comercializadora.

Teniendo en cuenta que la fecha de interrupción de la prescripción, como reconoce la propia empresa, es de 12 de diciembre de 2019, día de la notificación del Acuerdo de Incoación, es evidente que entre ambas fechas no ha transcurrido el plazo de dos años requerido por el artículo 74 de la LSE.

### 3) Sobre la supuesta inaplicación de la Orden ITC/1659/2009.

Reitera igualmente ENDESA ENERGÍA la incorrecta aplicación de la Orden ITC/1659/2009, por ser de exclusiva aplicación al suministro de último recurso –actual suministro de referencia-.

La Propuesta de Resolución fundamenta de manera exhaustiva las razones por las cuales dicha Orden, en concreto su disposición adicional primera, es de aplicación al supuesto que nos ocupa. A pesar de lo alegado por ENDESA ENERGÍA en el sentido de que se trataría de una aplicación «contextual o analógica» de una norma, esta Sala coincide con lo señalado en la propuesta del instructor, la cual integra de manera correcta las herramientas interpretativas existentes.

De entrada debe señalarse que ENDESA ENERGÍA no aclara (ni resulta fácil de entender) cómo la Orden podría limitar sus efectos a la obligación de conservar la documentación acreditativa del consentimiento en cambios de suministrador en el ámbito del «último recurso». Parece que lo que ENDESA ENERGÍA quiere decir es que habría que conservar dicho consentimiento en el momento de tránsito de un sistema a otro (2009) y, tal vez (sus alegaciones no resultan claras), en todo paso posterior de un COR a otro COR, cambio de suministrador, este último, que carecería de toda lógica en tanto todos ellos

aplican un precio fijado administrativamente, igual para todos los clientes. No sería aplicable, en cambio, la Orden, según ENDESA, en un caso como este en que un cliente a PVPC pase de dicha tarifa a mercado libre. Tampoco queda claro a tenor del escrito de ENDESA ENERGÍA si la obligación de custodia se aplicaría en el caso inverso: el paso de mercado libre a PVPC. En definitiva, las dificultades que suscita la interpretación de ENDESA ENERGÍA, la cual no se corresponde bien con la realidad de los cambios de suministrador, dan una primera pauta interpretativa.

Por otro lado, a pesar de que el título y el articulado de la Orden se refería esencialmente al tránsito al suministro de último recurso, dicha Orden no limitaba sus términos a este tipo de suministro, tal como señaló la propuesta de resolución. Aunque ENDESA ENERGÍA omite mencionarlo en sus alegaciones, la propuesta ya explicó que en lo relativo a la estructura de peajes la Orden se refería también a consumidores y comercializadores a mercado libre (artículo 1. 2º).

Debe señalarse asimismo el inequívoco tenor literal de la disposición aquí analizada. La norma en ningún caso se refiere al contexto del paso de la tarifa integral al suministro de último recurso, sino que describe las obligaciones de conservación de la documentación que acredite el consentimiento de los clientes en los términos más amplios. Se refiere a las partes del contrato como «cliente» y «comercializador», términos cuya generalidad afecta a todo cambio de suministro posible. Distinto hubiese sido que la Orden se hubiese referido solo al comercializador o al cliente «de último recurso». En tal caso cabría considerar que el mandato vendría referido al paso de los antiguos consumidores a tarifa integral al suministro de último recurso que la Orden establecía. Obsérvese sin embargo que el articulado de la Orden ITC/1659/2009 distingue entre «comercializadores de último recurso» y «comercializadores» cuando resulta procedente (arts. 1, 4.2, 4.3, 9.2, etc.). Y lo mismo sucede con los consumidores o clientes, en los que el articulado aclara, cuando debe, su condición de consumidores «de último recurso». Sin embargo, según lo indicado, la DA 1ª no se refiere a comercializadores o clientes «de último recurso», lo que únicamente puede interpretarse como la voluntad de afectar a todos los suministros, tanto libres como regulados<sup>3</sup>.

La circunstancia de que el mandato sea de tipo general, para cualquier cambio de suministrador, y no a los limitados del último recurso, determina que la obligación relativa a la formalización y custodia de la documentación

---

<sup>3</sup> Se cita de nuevo para evitar remisiones: «*Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. / El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente./ La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad*».

acreditativa del cambio se haya establecido mediante una disposición adicional. Las disposiciones adicionales, como señala el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, «podrán incorporar las reglas que no puedan situarse en el articulado sin perjudicar su coherencia y unidad interna». Eso es precisamente lo que ocurre en esta ocasión. La disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, según lo indicado, tiene un alcance general. En caso de que la exigencia de conservación de documentación se limitase a dicho momento del traspaso efectuado en 2009, o al devenir posterior del suministro de último recurso, la obligación se habría establecido en el texto articulado de la norma, con la expresión de ese concreto alcance, y no en una disposición adicional. De hecho, las restantes disposiciones adicionales de esta Orden tienen un contenido de lo más variado, en absoluto limitado a dicho mecanismo o al momento del traspaso de los consumidores al suministro de último recurso (así, se referían, entre otras cuestiones, a la retribución del OS para 2009, a ciertas obligaciones de los generadores o al grado de cumplimiento de obligaciones sobre interrumpibilidad).

El que la disposición adicional primera afecte a todo cambio de suministrador, sin limitarse al momento puntual de los cambios habidos con ocasión del tránsito de la tarifa integral al último recurso (hoy PVPC), justifica la pervivencia hoy día de dicha disposición, pese a que la mayor parte de la Orden que la contiene haya sido derogada.

Las consideraciones anteriores se ven asimismo confirmadas por la regulación del mismo proceso de tránsito del antiguo suministro por los distribuidores al suministro de último recurso llevado a cabo en el sector del gas natural. La Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, análoga a la aquí considerada, se remite, en cuanto a la acreditación del consentimiento, a lo dispuesto en el artículo 44.2.d) del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre:

*Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo, a los efectos de lo previsto en el artículo 44.2.d) del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.*

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

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

Pues bien, dicho artículo 44.2.d) de dicho Real Decreto 1434/2002 se refiere a todo posible cambio de suministrador (y reitera, con mejor técnica normativa, la exigencia de conservar la documentación que acredite el consentimiento)<sup>4</sup>.

No es concebible que para el caso del sector gasista el titular de la potestad reglamentaria haya regulado las obligaciones de formalización y conservación de la documentación relativa al consentimiento para el cambio de suministrador y, en cambio, la disposición análoga de la correspondiente orden del sector eléctrico (DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009) haya querido limitar sus efectos al momento puntual del cambio de un sistema a otro o al estrecho margen del suministro de último recurso (hoy PVPC). La interpretación de ENDESA ENERGÍA llevaría a considerar que, en el sector eléctrico (no así en el gasista), los comercializadores pueden llevar a cabo un cambio de suministrador ajeno al suministro de último recurso (o PVPC), con las señaladas dificultades que conlleva determinar qué cambio es ajeno a ese sistema, sin obligación de formalizar y conservar el documento que acredite el consentimiento del cliente, aspecto esencial de la contratación. Esta interpretación no es aceptable. Las obligaciones de formalización y custodia para el sector eléctrico están asimismo previstas para el sector eléctrico en la DA 1ª de la Orden ITC/1659/2009, cuya aplicación a este caso resulta incuestionable.

Es por ello que la interpretación que aquí se sostiene es también la más conforme con el espíritu de la norma (artículo 3.1 del Código Civil). Desde el punto de vista de la formalización de una relación contractual, ninguna diferencia existe entre un contrato a precio libre y otro a precio regulado. La única interpretación razonable es que la norma establezca requisitos formales para las contrataciones de todo suministro eléctrico, como sucede con los derechos y obligaciones de los consumidores establecidos en el artículo 44 de la Ley del Sector Eléctrico, donde ni la citada Ley ni la Directiva de la que trae causa distinguen en este apartado entre derechos de consumidores en

---

<sup>4</sup> Citado artículo 44 («Cambio de suministrador»): 1. Cualquier consumidor con suministro de gas natural y que tenga la consideración de cualificado podrá solicitar, por sí mismo o mediante la empresa comercializadora que vaya a suministrarle, un cambio de suministrador. / 2. Las solicitudes de cambio de suministrador deberán recoger al menos la información siguiente: [...] d) Conformidad del cliente con el cambio de suministrador. [...] / 6. En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo. / El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. / La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

mercado libre o en mercado con precio regulado (la única diferencia se establece en relación con los consumidores vulnerables que aquí no es de aplicación). En definitiva, la interpretación de ENDESA ENERGÍA carece de toda razonabilidad y solo puede entenderse efectuada en términos de estricta defensa.

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

El artículo 46.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, establece en su apartado g), como obligación de los comercializadores de energía eléctrica «Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación». Así pues, el derecho del consumidor está expresa, concreta y específicamente reconocido en la LSE.

La obligación de formalización del contrato expresamente prevista en la Ley, se desarrolla en sus concretas condiciones en la normativa reglamentaria. Así, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, establece lo siguiente en cuanto a las obligaciones de formalización del consentimiento y custodia de la pertinente documentación: *«Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente. La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad».*

Para el caso de los consumidores domésticos, el contenido mínimo de los contratos figura, además, detallado en el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, perfectamente claro en lo relativo al contenido de tales contratos de suministro.

La mención por la Ley 24/2013 de la obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores, pone de manifiesto que es la empresa comercializadora la titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, corresponde a la empresa no solo comprobar la identidad y la voluntaria, correcta e informada prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro, sino también la adecuada formalización del correspondiente contrato y el

cumplimiento de las obligaciones establecidas normativamente en relación con dicha formalización.

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

A su vez, el artículo 47.1 habilita a la Administración Pública competente, así como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a requerir a las empresas comercializadoras la acreditación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 46.

El citado artículo 47 en su apartado 4 dispone que el incumplimiento por un comercializador de cualquiera de las obligaciones que le son exigibles en el ejercicio de su actividad será sancionado de acuerdo con lo establecido en el título X de esta ley. La comisión de una infracción muy grave podrá llevar aparejada la extinción de la habilitación para actuar como comercializador.

El título X de la citada Ley sectorial -relativa al régimen de inspecciones, infracciones y sanciones-, dispone de manera más específica en su artículo 66.1 que constituye una infracción leve: «*El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave*». Así pues, estando el derecho del consumidor a la formalización de los contratos expresa y concretamente reconocido en la LSE, está también tipificado en la misma Ley su incumplimiento.

En primer lugar, y al objeto de evitar confusión en un extremo tan sustancial como es la conducta atribuida a la empresa imputada, a efectos de subsumir dicha conducta en el tipo infractor, conviene, desde un primer momento y como ya hizo la Propuesta de Resolución, aclarar y especificar que los hechos que dan lugar a la imposición de la presente sanción no consisten en la falta de consentimiento del cliente a la contratación efectuada. La presente sanción se refiere a la infracción leve consistente en la falta de formalización de un contrato de suministro en relación con la custodia de la documentación acreditativa de la voluntad del cliente de proceder al cambio.

Como consta en el hecho probado, ENDESA ENERGÍA ha incumplido sus obligaciones en relación con la formalización de un contrato de suministro de energía eléctrica, en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, sin que haya aportado soporte contractual de ningún tipo sobre estos extremos.

Ello fue verificado en primera instancia por esta Comisión en la propia contestación dada por ENDESA ENERGÍA al requerimiento de información solicitado por la CNMC en el ejercicio de la función de supervisión establecida en el artículo 7.4 de la Ley 3/2013, en concreto, de velar por el cumplimiento de la normativa y de los procedimientos que se establezcan en relación con los cambios de comercializador (Expediente CNS/DE/058/19).

Así mismo, ENDESA ENERGÍA reconoció expresamente en su escrito de alegaciones de fecha 27 de diciembre de 2019 el error en el sistema de archivo de las llamadas contractuales, y la no localización de la llamada que dio lugar a la entrada en vigor del contrato en cuestión.

Por consiguiente, se concluye que concurre una conducta típica en la actuación de ENDESA ENERGÍA por haber incumplido su obligación en relación con la formalización del contrato de suministro previamente identificado, habiendo cometido, en consecuencia, una falta leve tipificada en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

#### **CUARTO. Culpabilidad.**

##### a) Consideraciones generales

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto 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 una empresa comercializadora a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos.

En el ámbito de los mercados regulados, la jurisprudencia ha tenido ocasión de señalar que dichos operadores tienen un deber de diligencia debida reforzado. Así, en el ámbito audiovisual (protección del menor frente a contenidos audiovisuales inadecuados), entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (recurso núm. PO 08/409/2013) señaló lo siguiente:

*La Sala estima que concurre, cuando menos, aquella forma de culpabilidad que es la imprudencia, afirmación que ha de conjugarse obviamente con la naturaleza y entidad del deber normativo de cuidado contravenido en cada caso. Y es que, como dijimos en la citada sentencia de 24/01/11, en el caso de empresas audiovisuales, como la ahora recurrente, dotadas de la máxima especialización y vinculadas con la Administración con un régimen especial de sujeción, los estándares de diligencia exigibles alcanzan el mayor nivel.*

Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 134/2016 de 1 de marzo de 2016 (recurso núm. PO 01/246/2014) se recuerda que los operadores son responsables de los contenidos emitidos, debiendo «extremar la diligencia en el cumplimiento de los deberes que le impone la legislación en materia de comunicación audiovisual» y recordando que resulta sancionable la simple «inobservancia» de la normativa sectorial aplicable.

Además de lo anterior, debe seguirse igualmente lo dispuesto en la Sentencia de 23 de enero de 1998, en la cual el Alto Tribunal razona que *«aunque la*

*culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa».*

Tales consideraciones son perfectamente extrapolables al caso de los operadores del sector energético, y singularmente a las obligaciones de las compañías comercializadoras con relación a sus clientes. Así, dichas comercializadoras están asimismo «*dotadas de la máxima especialización y vinculadas con la Administración con un régimen especial de sujeción*». De este modo, su diligencia ha de extremarse a fin de cumplir las obligaciones de la normativa sectorial, debiendo sancionarse la simple inobservancia de dicha regulación (energética, en este caso).

La jurisprudencia contempla la especial diligencia exigible a operadores con un papel relevante en un mercado, especialmente en ámbitos como el de la energía, de indudable repercusión general. En ese sentido el Tribunal Supremo ha señalado (STS de 10 de enero de 2017, rec. 332/2014), en el marco de una sanción a Red Eléctrica de España, S.A., que no se puede disculpar a la empresa de la omisión de la diligencia debida, pues se trata de una empresa «*con considerable proyección y experiencia en el sector eléctrico, y por la repercusión pública, social y económica de los servicios que presta, le es exigible una previsión, diligencia y control muy superiores a los de cualquier empresa media*».

Entre las obligaciones que impone la regulación del sector energético, y singularmente del sector eléctrico, a las empresas comercializadoras, se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la formalización de un contrato con un contenido mínimo obligatorio para todos los tipos de contrato con independencia de su soporte documental, debiendo custodiar tal contrato durante toda la vida de la relación contractual.

La formalización del contrato se constituye así en una obligación de la empresa comercializadora, a la que se suma también la obligación de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor porque, como ya se ha argumentado, la formalización del contrato no es un acto que se agota en sí mismo, sino que es una garantía de la existencia de un soporte documental a lo largo de la vida del contrato.

En el presente procedimiento ha quedado expuesta y reconocida por ENDESA ENERGÍA una pérdida del soporte, cuya fecha no ha precisado, de modo que

es imposible a día de hoy comprobar el contenido contractual. Ello pone de manifiesto una actuación negligente en la custodia documental por parte de ENDESA ENERGÍA que, al perder la grabación en una contratación telefónica, ha perdido objetivamente el propio documento contractual.

De sus propias alegaciones se desprende además que no han sido conscientes hasta que el contrato, es decir, la grabación, fue reclamada por esta Comisión en el marco de las diligencias previas. Es decir, que han estado ejecutando un contrato de suministro sin documentación de soporte alguna, lo que no es jurídicamente posible en el sector eléctrico, donde la exigencia de formalización del contrato es un derecho del consumidor y una obligación del comercializador.

Del propio relato de ENDESA ENERGÍA se desprende que ha incurrido entonces en un doble error: por un lado ha perdido, según sus propias palabras, la acreditación documental del contrato; por otro ha cometido la negligencia de no descubrir ese extravío y continuar con la ejecución de un contrato para el que no tenía base documental alguna, incumpliendo las obligaciones de formalización y custodia.

Finalmente, las alegaciones de ENDESA ENERGÍA en relación a que no puede apreciarse intencionalidad alguna en el hecho ilícito en cuanto que la contratación tuvo lugar en legal forma, superando los controles de calidad instaurados por la comercializadora con el fin de validar las contrataciones efectuadas antes de dar curso a su activación, y habiendo determinado finalmente el alta del contrato, no afectan al hecho imputado, sino a la posible falta de consentimiento contractual que no es discutida en el presente procedimiento sancionador.

La ausencia de una diligente labor de custodia, así como un fallido control de la documentación de soporte contractual determinan una conducta negligente por parte de ENDESA ENERGÍA, lo cual propició, a su vez, el incumplimiento sancionado por la presente Resolución. ENDESA ENERGÍA tiene, en efecto, el deber de aplicar una diligencia, cuidado y atención ordinarios en la conservación de los documentos, no de otra manera puede entenderse la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009. La culpabilidad se perfecciona por la indudable negligencia de la mercantil, que no solo extravía, según alega, la documentación, sino que no se apercibe de dicha pérdida durante un período de tiempo indeterminado durante el cual el contrato careció de la acreditación necesaria.

Son extrapolables a este respecto las consideraciones realizadas por la Sección 1ª de la Audiencia Nacional (SAN de 23 de junio de 2015, rec. 216/2014), que confirma la sanción impuesta a ENDESA ENERGÍA en materia de protección de datos:

*Indudablemente, resulta imputable a la compañía demandante la infracción del principio de calidad del dato que constituye la infracción por la que ha sido sancionada por la resolución administrativa recurrida, cuya conducta negligente dio lugar a la errónea asociación de la cuenta bancaria de la denunciante con el contrato de suministro de energía eléctrica suscrito por un tercero.*

***Endesa Energía se ha limitado a atribuir a un mero error puntual la infracción del principio de calidad en el tratamiento de datos de la denunciante, sin acreditar que empleo la diligencia exigible en el tratamiento de tales datos. El mero hecho de que la contratación de suministro eléctrico por aquella y el tercero, cuya factura de consumo se presentó al cobro erróneamente contra la cuenta corriente de la denunciante, tuviera lugar el mismo día y se llevara a cabo telefónicamente no implica sin más que la compañía obrara con la diligencia debida ni justifica el error padecido.***

Las alegaciones de ENDESA ENERGÍA no desvirtúan dicha conclusión en absoluto, por más que abunden en un supuesto «*cumplimiento del deber de diligencia con que Endesa actuó ante la reclamación presentada por la Comunidad de Propietarios*». Nada más lejos, pues además de no aportar los documentos, tampoco fue capaz de precisar desde cuándo carecía de ellos. La satisfacción posterior del consumidor no es óbice para entender perfeccionado el tipo y acreditada la negligencia, sin perjuicio de su consideración en la cuantificación de la sanción aplicada.

#### **QUINTO. Sanción aplicable a la infracción leve 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 probabilidad 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.

La conducta infractora se atribuye a la empresa a título de negligencia culpable. Igualmente ha de tenerse presente que la actuación en cuestión afecta exclusivamente a un único consumidor y que ENDESA ENERGÍA procedió a la devolución voluntaria de las facturas generadas durante el periodo en que estuvo vigente el contrato de suministro de electricidad.

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de la infracción por una culpa negligente, y en atención al principio de proporcionalidad, se impone una multa de diez mil euros (10.000 €) por la infracción leve cometida 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 una infracción leve de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de su obligación en relación con la formalización del contrato de suministro de energía eléctrica identificado en el hecho probado único de la presente Resolución.

**SEGUNDO.** Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil euros (10.000 €) por la comisión de la anterior infracción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada, 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.