

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

SNC/DE/142/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de diciembre 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.- Remisión de los hechos por el Juzgado de Instrucción nº1 de Pontevedra.

Con fecha 3 de agosto de 2018, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito remitido por el Juzgado de Instrucción N°1 de Pontevedra con las diligencias previas sobre posible estafa en un cambio de comercializador sin consentimiento en relación a cuarenta y seis cambios de suministro. Dicha remisión era consecuencia del sobreseimiento de la causa por el indicado Juzgado de Instrucción en fecha 4 de julio de 2018, procediéndose al archivo de las actuaciones, puesto que no se logró determinar que estas contrataciones fueran el producto de una estrategia concertado o prediseñada de engaño.

En dicho escrito se contenía documentación relativa a la reclamación interpuesta por [...] ante el Instituto Gallego de Consumo por un cambio de comercializador sin consentimiento contra ENDESA ENERGÍA, S.A. (ENDESA).

Los hechos denunciados eran resumidamente que se le habría realizado el cambio de GAS NATURAL FENOSA a ENDESA sin que hubiera consentimiento por parte de la cónyuge del titular del punto de suministro (ya fallecido), la cual además era una persona de edad muy avanzada, 93 años, y con un 65% de discapacidad.

Los datos del punto de suministro eran los siguientes:
[...]

SEGUNDO.- Apertura de periodo de información previa.

Con fecha 19 de diciembre de 2018, 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 para que aportase la documentación que estimase conveniente en relación con los hechos descritos en la denuncia objeto del procedimiento.

Con fecha 20 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC, escrito de ENDESA mediante el cual solicitaba ampliación de plazo para proceder a cumplir con el requerimiento de información de 19 de diciembre de 2018.

Con fecha 17 de enero de 2019, tuvo entrada en el Registro de la CNMC, escrito de ENDESA por el que dicha comercializadora exponía lo siguiente:

- Que en fecha «06/03/2017 [...], con [...], en calidad de cónyuge de [...], con DNI [...], contrató el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento eléctrico, con Endesa Energía S.A.U. para la dirección de suministro sita en [...] y CUPS [...]». Al respecto esta contratación se aportó copia del contrato de suministro firmado por [...], copia de su carnet de conducir, copia de facturas con su anterior comercializador, y documento de recordatorio de los productos contratados con el logo de ENDESA firmado.
- Asimismo, se adjuntó grabación de comprobación de la contratación, en las que se mencionaba que la llamada era en relación a la visita de un comercial de ENDESA, y en las que una persona que se identificaba como [...]:
 - Aseguraba ser la cónyuge del titular del contrato.
 - Confirmaba que no estaba presente el comercial.

- Que facilitó el número de cuenta corriente, diferente del número de cuenta que constaba en las facturas con el anterior comercializador GAS NATURAL SUR.
 - Que firmó un contrato en una Tablet.
 - Que le dejaron documento con el detalle de los productos contratados con el logo de ENDESA.
 - Mostraba su conformidad ante la descripción de los productos contratados con ENDESA.
- Sin embargo, en la locución esta persona, al ser preguntada por su fecha de nacimiento, aseguró haber nacido el [...] de 1936, cuando en el carnet de conducir de [...] constaba como fecha de nacimiento el [...] de 1972.
- Que «con ocasión de la citada contratación se generó el contrato nº [...] (contrato de suministro eléctrico) y el contrato nº [...] (contrato de mantenimiento eléctrico), los cuales entraron en vigor en fecha 27/03/2017, cursando baja el 22/06/2017 y 29/05/2017 por cambio de comercializadora y reclamación respectivamente».
- Que el 19 de mayo de 2017, el hijo del titular del contrato contactó con ENDESA para mostrar su disconformidad con el cambio, al considerar que la contratación no fue correcta
- «Una vez revisada la información obrante en nuestros sistemas, así como la facilitada por el departamento correspondiente relativo a la contratación formalizada en nombre de [...], entendimos conforme la contratación realizada si bien, con ocasión de la reclamación presentada, procedimos a cursar la baja del servicio de mantenimiento de luz con fecha 29/05/2017. Además se informó telefónicamente al reclamante de que debía solicitar el cambio de comercializadora a aquella que fuera de su elección».
- Que el 19 de junio de 2017, «recibió escrito del Instituto Gallego de Consumo mediante el que se nos daba traslado de una reclamación presentada por [...] quien manifestaba la disconformidad en la contratación a nombre de [...] y la solicitud de baja de los contratos sin coste alguno para el usuario», en el escrito se aportaba certificado de defunción del titular, fechado en diciembre de 2003, y libro de familia que la identificaba como su cónyuge.
- Como consecuencia de esta reclamación ENDESA, y en atención a las nuevas circunstancias puestas de manifiesto, procedió a anular las facturas emitidas durante la vigencia de los contratos, y emitir los correspondientes abonos el 4 de agosto de 2017.

El período de información previa finaliza con informe de la Subdirección de Regulación Económico Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC, en el que se pone de manifiesto que se aprecia que ENDESA no habría cumplido con los requisitos de contratación, entre los cuales está asegurarse de que quien contrata es quien dice ser y que realmente puede

contratar en representación de otro, lo que por lo tanto supondría el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, infracción recogida en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico.

TERCERO.- Acuerdo de incoación.

Con fecha 6 de febrero de 2020, 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGÍA, S.A.U. por presunto incumplimiento reiterado de los requisitos establecidos para la formalización de contratos de suministro de energía eléctrica. En concreto, la presunta infracción de la prohibición de cambio de comercializador de suministro de energía eléctrica sin consentimiento del titular, establecida en el artículo 46.1 g) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 65.23 en relación con el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, 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.

La puesta a disposición del acuerdo de incoación fue leída el 12 de febrero de 2020.

CUARTO.- Alegaciones por parte de ENDESA.

El 13 de marzo de 2020, tras solicitar ampliación del plazo y serle concedido, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de la representación de ENDESA, en la que, resumidamente, manifestaba que:

- La CNMC no tiene competencia para sancionar un presunto incumplimiento en la formalización del contrato de servicio de mantenimiento, sino que exclusivamente debe ceñirse a valorar la posible infracción en relación con el contrato de suministro.
- Los preceptos que, en su caso, habría infringido ENDESA, a saber, los artículos 65.23 en relación con el 66.4 de la LSE, podrían ser inconstitucionales puesto que no determinan con concreción la infracción

a sancionar, vulnerando así el principio de tipicidad que informa el procedimiento sancionador.

- No obstante lo anterior, ENDESA no ha infringido los citados preceptos, puesto que observó todas las obligaciones que le son exigibles en el momento de formalizar la contratación, así (i) la contratación se realizó de forma presencial en el punto de suministro por quien se presentó como cónyuge del titular del contrato, proporcionando toda la información necesaria para la contratación, gozando de total apariencia de veracidad; (ii) en el momento de la contratación no hubo motivo aparente para hacer dudar a ENDESA de que el titular del contrato había fallecido y que la que decía ser su cónyuge realmente no lo era y (iii) la discrepancia en la fecha de nacimiento que aparecía en el permiso de conducir y la indicada en la llamada de verificación, en la que se dieron todos los datos que figuraban en el contrato, no es relevante para imponer una sanción.
- Corresponde, pues, archivar el presente procedimiento sancionador contra ENDESA por falta de tipicidad y culpabilidad.

QUINTO.- Propuesta de resolución.

Con fecha 15 de septiembre de 2020 el Director de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución en la que propuso el archivo del procedimiento 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 expediente sancionador, que:

PRIMERO. – Declare que la empresa ENDESA ENERGÍA, S.A. no es responsable de la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO. - Proceda al archivo del presente procedimiento sancionador en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La Propuesta de Resolución se notificó a la interesada con fecha 22 de septiembre de 2020, sin que se hayan recibido alegaciones a la misma.

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

Por medio de escrito de 15 de octubre 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 en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015.

HECHOS PROBADOS

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

Primero – En relación con el CUPS [...], correspondiente a la dirección de suministro [...], se produjo un cambio de comercializadora de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN a ENDESA, sin el consentimiento del titular, [...], ni de su esposa, [...].

Segundo – El 6 de marzo de 2017, [...], simulando ser la legítima esposa del titular del contrato de suministro, contrató de manera presencial el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento eléctrico con ENDESA para la dirección de suministro citada. Para esta contratación, [...] aportó copia de su carnet de conducir y copia de las facturas con su anterior comercializador. Asimismo, en la llamada telefónica de verificación de la contratación, [...] reiteró que actuaba en calidad de cónyuge del titular del contrato de suministro, que había consentido el cambio de suministro mediante firma a través de una Tablet, facilitó el número de cuenta bancaria, si bien la fecha de nacimiento ([...] de 1936) difería de la que constaba en el permiso de conducir ([...] de 1972).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y legislación aplicable.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, 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.

Dentro de la CNMC, de acuerdo con los artículos 29 y 21.2.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como con el artículo 14.2.b) del Estatuto de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título X de la citada Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley misma 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. Tipificación de los hechos probados.

El artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico califica 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, independientemente de que haya mediado la intervención de un tercer sujeto que realiza para la empresa comercializadora la tarea de captación de clientes y promoción de productos.

Efectivamente, el artículo 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», en el marco del más amplio derecho de los consumidores a elegir comercializadora establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 44 del citado texto legal.

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 el comercializador el titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, a él corresponde comprobar la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro, tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través de un intermediario a quien la comercializadora ha confiado la captación de clientes y la formalización de los contratos con los mismos.

Esta obligación impuesta por la Ley 24/2013 se ve reforzada por la exigencia contenida en el artículo 99.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) que establece que, dentro de los requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento es obligación del empresario «adoptar las medidas

adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato».

En el presente caso, es indudable que el cambio de comercializador se hizo por persona no legitimada para realizarlo, puesto que no fueron el titular del contrato de suministro ni su cónyuge, los que contrataron el suministro eléctrico y el servicio de mantenimiento con ENDESA.

Por tanto, concurre el hecho típico en relación con la correcta formalización del contrato con el mismo, en tanto que no se ha producido la comprobación de la concurrencia de consentimiento inequívoco del titular del contrato en relación con el objeto del suministro que dicha comercializadora suscribe.

CUARTO- Examen de la culpabilidad en la comisión de la infracción.

a) Consideraciones generales

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto 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 LRJSP, 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).

En este caso concreto, sin embargo, los hechos acreditados no permiten considerar que haya existido una notoria falta de diligencia en la actuación de ENDESA, como ya ha sido apreciado por el instructor.

Es cierto que el hecho típico existe, pues la ausencia de consentimiento por parte de quien debía darlo es indudable y no ha sido discutida por ENDESA, pero no lo es menos que en este concreto supuesto no se ha producido una quiebra de esa diligencia reforzada que debe exigirse a los operadores que se encuentran vinculados a la Administración con un especial régimen de sujeción, como es el caso.

Los controles de ENDESA fueron a la postre insuficientes para detectar la suplantación de identidad que efectivamente se produjo, pero lo cierto es que en este caso ENDESA solo podría haber averiguado el engaño recurriendo a elementos ajenos a los propios de la contratación, lo que está fuera de su esfera de influencia y de sus deberes como comercializadora. La persona que realizó la contratación presencialmente mostró documentos que acreditaban su identidad y cuya veracidad no se ha discutido, aunque realmente no fuera cónyuge del titular del contrato como afirmaba.

La obligación de la comercializadora estriba en la cuidadosa comprobación de todos los datos necesarios para la contratación, incluyendo la realización de una diligente llamada de verificación –que en ningún caso puede ser un mero trámite– y de un cotejo suficiente de los documentos, pero no puede exigirse la comprobación de un posible fraude mediante elementos de investigación que excedan notoriamente sus capacidades.

Al no haberse comprobado un control insuficiente o inadecuado de los datos relevantes para realizar la contratación, incluyendo la llamada de verificación, debemos concluir que no era exigible a ENDESA una investigación que habría resultado, en este supuesto, demasiado gravosa.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ENDESA ENERGÍA, S.A. no es responsable de la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 65.23 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre del Sector Eléctrico.

SEGUNDO. Archivar el presente procedimiento sancionador en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.