

## **RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD ENDESA ENERGIA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES**

(SNC/DE/164/22)

### **CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

#### **Presidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

#### **Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 11 de mayo de 2023

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:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **Primero. Escrito de denuncia.**

Con fecha 29 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una denuncia de D. [CONFIDENCIAL] por cambio de comercializador sin consentimiento. Los datos del punto de suministro son los siguientes:

[CONFIDENCIAL] informa que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. ha cambiado y activado unilateralmente el contrato de energía eléctrica sin su consentimiento procedente de IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. a ENDESA ENERGÍA, S.A.U.

Según el denunciante, entre el 5 y el 6 de abril de 2022 recibió una llamada de un comercial de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. Después de la llamada, y a pesar de no haber solicitado el cambio de suministro, recibió varios SMS con objeto de confirmar la contratación, pero en ninguno de los casos respondió los mensajes.

Asimismo, el consumidor afirma que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. realizó el contrato con datos desactualizados que él no aportó: (i) se utilizó el NIE obsoleto, en el que solamente constaba uno de sus apellidos; y (ii) el número de cuenta bancaria correspondía a un producto bancario que no estaba operativo desde octubre de 2020.

El consumidor afirma que no ha otorgado a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. su consentimiento verbal, ni grabado, escrito y/o realizado de forma digital a través de la web, correo electrónico y/o SMS de su móvil, es decir, de ninguna forma.

El contrato estuvo activo entre el 9 y el 26 de abril de 2022.

Se adjunta al escrito de denuncia la siguiente documentación:

- Copia del SMS recibido el 8 de abril de 2022, a las 19:23 horas, de confirmación de la contratación del suministro eléctrico con ENDESA ENERGÍA, S.A.U.
- Copia del correo electrónico recibido el 8 de abril de 2022, a las 19:27 horas, informando de que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. ha recibido la solicitud de contratación del suministro eléctrico.
- Copia de las capturas de las llamadas realizadas al servicio de atención a clientes de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., IBERDROLA CLIENTES, S.A.U., E-DISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U., I-DE REDES ELÉCTRICAS INTELIGENTES, S.A.U. y CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, entre el 8 de abril y el 22 de mayo de 2022.
- Copia del SMS recibido el 8 de abril de 2022, a las 21:24 horas, en el que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. informa de que no se ha completado la confirmación de su solicitud y la necesidad de otorgar su consentimiento.
- Copia de la denuncia realizada ante el Cuerpo Nacional de Policía.
- Copia del correo electrónico recibido el 9 de abril de 2022, a las 10:32 horas, para la activación de la factura digital.
- Copia del SMS recibido el 11 de abril de 2022, a las 10:53 horas, en el que IBERDROLA le informa de que se ha aceptado el cambio de comercializador, lo que implica la baja con IBERDROLA.
- Copia del correo electrónico recibido el 19 de abril de 2022, a las 10:33 horas, en el que se comunica que el contrato de suministro de electricidad con ENDESA ENERGÍA, S.A.U. ha sido dado de baja, tras ejercer el desistimiento.
- Copia del correo electrónico recibido el 30 de abril de 2022, a las 8:24 horas, en el que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. le informa de que el área de fidelización contactará nuevamente con el denunciante.
- Copia de la carta recibida el 2 de mayo de 2022, en la que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. informa de que no se ha apreciado error en el alta del contrato, siendo su solicitud de alta de suministro activada correctamente.
- Copia de la facturación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., recibida el 27 de mayo de 2022 y emitida el 19 de mayo de 2022, por el periodo de facturación entre el 9 y el 26 de abril de 2022.

## Segundo. Actuaciones previas

A la vista de la denuncia recibida sobre la presunta práctica irregular de ENDESA, al amparo del artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con fecha 2 de junio de 2022 se procedió a la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del supuesto denunciado.

Asimismo, en el marco de dichas actuaciones previas, se requirió a ENDESA la documentación que estimara conveniente en relación con los hechos descritos y, en particular, el documento contractual u otra acreditación del consentimiento expreso del consumidor sobre cuya base se ha procedido a realizar el cambio de comercializador de electricidad a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. Además, se le solicitó que acreditara el historial de comunicaciones con la denunciante y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente, en particular el detalle del procedimiento seguido para tramitar esta reclamación, los plazos y el sistema de reembolso y/o compensación utilizado, en su caso.

Con fecha 18 de julio de 2022 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. atendiendo al requerimiento de información efectuado por esta Comisión, donde expone que en fecha 8 de abril de 2022, D. [CONFIDENCIAL], contrató el suministro eléctrico con ENDESA ENERGÍA, S.A.U. para la dirección de suministro sita en [CONFIDENCIAL]. Dicho contrato fue formalizado por vía telefónica a través de [CONFIDENCIAL], empresa colaboradora, si bien debido a una incidencia en sus sistemas de custodia, no se ha podido localizar la documental referida a esta contratación. Con ocasión de la citada contratación se generó el contrato nº [CONFIDENCIAL] (contrato de suministro de luz), el cual entró en vigor en fecha 9 de abril de 2022, cursando baja el 26 de abril de 2022. Finalmente, ENDESA ENERGÍA, S.A.U. informa de que ha detectado una posible práctica irregular por parte de la teleoperadora del proveedor que se ocupó del trámite de la contratación.

ENDESA ENERGÍA, S.A.U. ha aportado la siguiente documentación:

- Copia del contrato de suministro de electricidad, que no consta firmado por el denunciante.
- Copia del documento de desistimiento firmado por el denunciante en una oficina de ENDESA ENERGÍA, S.A.U.
- Copia de la factura generada entre el 9 y el 26 de abril de 2022.

### **Tercero. Incoación del procedimiento sancionador y ausencia de alegaciones al acuerdo de incoación**

El 5 de febrero de 2023, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Directora de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra ENDESA como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico), por el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes

Según el acuerdo de incoación, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la posible activación del contrato de suministro eléctrico por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A.U, sin consentimiento del consumidor, D. [CONFIDENCIAL].

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 6 de febrero de 2023. ENDESA accedió a la notificación el día siguiente, según obra en el expediente administrativo.

Tal y como consta en el expediente administrativo, ENDESA no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación, aun habiendo sido solicitada y concedida ampliación de plazo para efectuarlas.

### **Cuarto. Incorporación de documentación al expediente**

Mediante diligencia de fecha 9 de marzo de 2023 se incorporaron al expediente las cuentas de ENDESA correspondientes al año 2021, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 22 de junio de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 12.378.588 euros.

### **Quinto. Propuesta de resolución**

El 10 de marzo de 2023 la Directora de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

*“ACUERDA PROPONER*

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

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

**SEGUNDO.** *Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por la comisión de la anterior infracción, salvo que reconozca voluntariamente su responsabilidad reglamentariamente su responsabilidad y/o proceda al pago voluntario de la sanción en cualquier momento anterior a que se dicte la resolución, en cuyo caso, se acuerde la reducción de la sanción prevista en el artículo 85 de la Ley 39/2015”.*

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 LPAC.

Con fecha 13 de marzo de 2023 a las 08:19 horas, ENDESA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 10 de marzo, según obra en el expediente administrativo.

### **Sexto. Alegaciones de ENDESA a la propuesta de resolución**

Con fecha de 14 de marzo de 2023 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA a la propuesta de resolución, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- *“Reconozco la responsabilidad de los hechos expuestos y calificados en el expediente sancionador referenciado, con los efectos establecidos por el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y renuncio a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción”.*
- *“....comunico el ejercicio del derecho a realizar el pago voluntario en el expediente referenciado, con los efectos establecidos por el artículo 85 de la Ley 39/2015 ....., y renuncio a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción”.*

Por ello, la empresa ha solicitado que se expida el documento correspondiente para proceder al pago con la reducción conjunta del 40% sobre el importe de la sanción (10.000 €), disminuyéndose a 6.000 €.

Tras la remisión el 16 de marzo de 2023 del correspondiente modelo emitido por parte de la instrucción, con fecha 19 de abril de 2023 consta emisión de justificante del pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (40%) por 6.000 euros con fecha valor de ingreso del 24 de marzo de 2023.

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

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 20 de abril de 2023, junto

con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23.a) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, en el presente procedimiento sancionador se consideran

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.** ENDESA ENERGÍA, S.A.U. procedió a dar de alta en fecha 9 de abril de 2022 un contrato de suministro de electricidad referente al código CUPS [CONFIDENCIAL], sin consentimiento del titular del punto de suministro asociado al citado CUPS.

Este hecho resulta probado, ya que además de la denuncia presentada por el titular, en el expediente consta que durante el periodo de información previa, ENDESA ENERGÍA, S.A.U. confirmó que no disponía de la documentación que acreditase el consentimiento del titular del punto de suministro al cambio de comercializador y, además, no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación rebatiendo dicho extremo, a pesar de haber sido notificada correctamente y, finalmente, ENDESA ha presentado escrito de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos probados y su calificación jurídica en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Habilitación competencial de la CNMC

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones leves, entre ellas, la infracción tipificada en el artículo 66.4 de dicha Ley, en los siguientes términos: corresponde a *“La Comisión de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, [...] imponer las sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes: [...] c) Las tipificadas como leves en los párrafos 1,2,3,4 y 5 del artículo 66”*.

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

## **Segundo. Procedimiento aplicable**

Resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo III del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley del Sector Eléctrico, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador. 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).

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

El artículo 66.4 de la Ley 24/2013, tipifica como infracción leve “*El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento de los clientes*”.

De acuerdo con el Hecho Probado único de la presente resolución, la comercializadora ENDESA a través de entidad por ella contratada (“fuerza de ventas”), manifiesta haber formalizado por vía telefónica el contrato, detectando una incidencia en sus sistemas de custodia (sin poder localizar la documental referida a esta contratación denunciada) e informando que ha detectado una posible práctica irregular por parte de la teleoperadora del proveedor que se ocupó del trámite de la contratación.

De acuerdo con lo reseñado en la propuesta de resolución, esta conducta incumple el más elemental de los requisitos de contratación que es el de la existencia de un consentimiento no viciado de la parte contratante. Se incumple, por tanto, el requisito de contratación a los que se refieren los citados artículos 66.4 de la Ley 24/2013. Por tanto, la conducta desarrollada por ENDESA es plenamente subsumible en el tipo sancionador citado, dado que dicha conducta ha quedado acreditada y reconocida por ENDESA.

Por lo expuesto, ha de concluirse que las circunstancias determinadas en el Hecho Probado son subsumibles en el tipo sancionador recogido en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico. El cambio de comercializadora sin el consentimiento debido del titular del contrato determina un incumplimiento de las obligaciones que están claramente definidas en la Ley del Sector Eléctrico.

#### **Cuarto. Culpabilidad en la comisión de la infracción**

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP, según el cual *«solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas [...] 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).

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

Entre éstas se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador eléctrico. A tal fin, el comercializador ha de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. En consecuencia, la primera de las garantías que incumbe a una empresa comercializadora a la hora de contratar con un consumidor es asegurarse contar con el consentimiento de éste, en cuanto titular del contrato de suministro que se suscribe.

En el presente caso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, ENDESA no ha obtenido un consentimiento del consumidor. Según ha quedado acreditado (y reconoce la propia comercializadora) el cambio de comercializador se producía como resultado de un procedimiento en el que no hay constancia documental y sobre la que ha sido posible detectar una posible práctica irregular del interviniente.

Por todo ello, debe considerarse que ENDESA ha actuado con una evidente falta de diligencia en la comprobación del correcto consentimiento de los consumidores, por lo que se le responsabiliza de la misma a título de negligencia culpable.

## **Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción**

En la Propuesta de Resolución se indicaba que ENDESA como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la LPAC, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la Resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la Resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí.

Mediante ingreso efectuado a través del modelo 069, consta que ENDESA ha realizado el pago de la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de ENDESA y al haberse producido el pago voluntario de la multa a través del medio indicado por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de diez mil (10.000) euros, quedando en un total de seis mil (6.000) euros.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** — Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho quinto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del

incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

**SEGUNDO.** — Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de diez mil (10.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de seis mil (6.000) euros, que ya ha sido abonada por ENDESA ENERGÍA, S.A.U.

**TERCERO.** — Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa

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

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