

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/096/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 8 de junio 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 17 de abril de 2021 se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una denuncia a nombre de Dña. [CONFIDENCIAL] por cambio de comercializador sin consentimiento respecto de gas y electricidad. Los datos del punto de su denuncia son los siguientes:

Tras recibir un cargo bancario emitido por ENDESA de 39,13 euros por suministro de gas, la consumidora contacta con la distribuidora, quien le informa que ha suscrito, entre otras cosas, un contrato de electricidad el 19 de febrero de 2021.

Ante esta situación, la consumidora informa de que existe un error, solicitando la subsanación del mismo y la baja de todos los servicios, así

como la devolución de los importes que se hubieran podido cobrar indebidamente.

Después de realizar varias reclamaciones telefónicas infructuosas, la consumidora vuelve a ponerse en contacto con ENDESA para reiterar que no había prestado su consentimiento explícito en la contratación. Asimismo, solicitó la fecha y hora del contrato telefónico en el que supuestamente manifestaba su consentimiento, así como copia del contrato con su firma, oficina, y fecha y hora de la formalización. Tras varias comprobaciones, ENDESA le confirma que no existe firma digital ni código pin y que, en cuanto al contrato, ya se pondrán en contacto para informarle al respecto.

Tras devolver el primer recibo de 39,13 euros, la denunciante recibe una reclamación de varias facturas, que no especifican conceptos ni periodos, por importe de 130,56 euros, informando de que si no los paga, ENDESA emprenderá acciones legales y puede que la incluya en un sistema de información crediticia.

Adicionalmente, la denunciante aporta una serie de facturas relativas al suministro que tiene contratado con [CONFIDENCIAL].

Segundo. Actuaciones previas

A la vista de la denuncia recibida sobre la presunta práctica irregular de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA ENERGÍA), al amparo del artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con fecha 29 de julio de 2021 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 ENERGÍA 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 a ENDESA ENERGÍA así como, entre otras cuestiones, detalle de la actividad comercial, cumplimiento de los requisitos formales y facturas emitidas. 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 30 de julio de 2021 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA ENERGÍA atendiendo al requerimiento de información efectuado por esta Comisión, donde expone que:

- La contratación para el CUPS eléctrico [CONFIDENCIAL] se realizó a través de llamada telefónica realizada por la fuerza de venta externa de ENDESA y validada a través de SMS.
- Se aporta la grabación de la llamada, en la que la denunciante confirma todos los datos necesarios para la contratación prestando su consentimiento.
- Se aporta certificación emitida por una empresa actuante como tercero de confianza, donde se acredita la aceptación de la oferta a través de SMS, fecha y hora del envío, hora de entrega, respuesta y aceptación. Asimismo, consta el detalle del teléfono al que se envía dicho SMS.
- Ha cumplido con lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 98 del RD-legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, considera que consta acreditada la conformidad de la consumidora con la contratación, además de que la correspondiente información fue enviada a la denunciante por correo postal.
- En cuanto al procedimiento de calidad para verificar las contrataciones, ENDESA explica que la fuerza de venta externa aporta los datos de las mismas en un .pdf cuyos datos con comprobados por la comercializadora, además de verificar los datos del SMS aportado por el tercero de confianza. Adicionalmente, ENDESA verifica la grabación de la llamada, comprobado todos los datos, tarifas y descuentos asociados a la contratación, para acabar cumplimentando un formulario de calidad una vez se ha verificado que todo es correcto, antes de continuar con la contratación. De lo contrario, no se avanza en el proceso y se rechaza.
- No consta solicitud de desistimiento por parte de la denunciante.

Tercero. Incoación del procedimiento sancionador

El 29 de septiembre de 2022, 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 ENERGÍA como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico), por el incumplimiento de medidas de protección al consumidor.

Según el acuerdo de incoación, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la posible activación del contrato de suministro eléctrico, gas y servicios complementarios por parte de ENDESA ENERGÍA sin consentimiento del consumidor, Dña. [CONFIDENCIAL] en los términos que había presentado su denuncia ante esta Comisión.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 30 de septiembre de 2022. ENDESA ENERGÍA accedió a la notificación el 3 de octubre de 2022, según obra en el expediente administrativo.

Cuarto. Alegaciones al acuerdo de incoación

Tal y como consta en el expediente administrativo, habiendo sido solicitada y concedida ampliación de plazo para efectuarlas, ENDESA ENERGÍA ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación manifestando oponerse a la incoación y tramitación del expediente sancionador y, alegando, en síntesis:

- Que no se había determinado claramente la acusación ni se había motivado el acuerdo de incoación.
- Que se había vulnerado el principio de tipicidad y legalidad, existiendo una remisión incorrecta a la normativa de consumo.
- Que la CNMC no es competente en materia de consumo.

Por ello, ENDESA ENERGÍA solicita el archivo del expediente.

Quinto. Aclaración del acuerdo de incoación y alegaciones de ENDESA ENERGÍA al mismo

Mediante oficio de 16 de noviembre de 2022, se aclaran los siguientes extremos del acuerdo de incoación:

- Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en un presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con el cliente, en relación con el CUPS eléctrico [CONFIDENCIAL], en lo que se refiere a la contratación del suministro eléctrico y al servicio adicional de mantenimiento eléctrico.
- La conducta podría ser considerada como una infracción leve establecida en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 que lleva aparejada la posible imposición de la multa prevista en el artículo 67 del mismo texto legal, con fijación del umbral a no superar.
- La competencia para imponer la infracción referida corresponde a la CNMC y el plazo para resolver es de nueve meses.
- Se informa del cambio de instructor y designación de nueva secretaria, junto con el régimen de recusación que les aplica.

- Se otorga nuevo plazo para efectuar alegaciones y aportar cuantos documentos o informaciones estime convenientes, así como para proponer prueba concretando los medios.

Dicho oficio fue puesto a disposición de ENDESA ENERGÍA el día 16 de noviembre de 2022, quien accedió a su contenido al día siguiente.

Sexto. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA al acuerdo de aclaración de la incoación.

Con fecha 1 de diciembre de 2022 ENDESA ENERGÍA tuvo entrada nuevo escrito de alegaciones en el que manifiesta, en síntesis que:

- Reitera lo alegado en su primer escrito y manifiesta lo siguiente:
- Muestra su disconformidad con la modificación del tipo infractor grave (art. 65.25) por el tipo infractor leve (art. 66.4).
- Considera que el acuerdo de incoación sigue sin definir la acusación limitándose a referirse a una *“breve referencia del posible incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes”*, sin que ENDESA pueda conocer la conducta que presuntamente habría cometido.

Por ello, ENDESA ENERGÍA solicita nuevamente el archivo del expediente.

Séptimo. Propuesta de resolución

El 22 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 procedimiento sancionador:

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

SEGUNDO. *Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de sesenta mil (60.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.*

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 27 de marzo de 2023 a las 12:48 horas, ENDESA ENERGÍA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 24 de marzo, según obra en el expediente administrativo.

Octavo. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA a la propuesta de resolución

Con fecha de 12 de abril de 2023 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA a la propuesta de resolución, en el que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción y manifiesta que procederá al pago voluntario de la sanción, demandando la expedición del correspondiente Modelo de Ingresos y solicitando.

Por ello, la empresa ha solicitado (i) acogerse a las reducciones previstas en el artículo 85 de la Ley 39/2015, cuya efectividad quedará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa y (ii) que se expida el documento correspondiente para proceder al pago con la reducción conjunta del 40% sobre el importe de la sanción (60.000 €), disminuyéndose a 36.000 €.

Tras la remisión el 14 de abril de 2023 del correspondiente modelo emitido por parte de la instrucción para el pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (40%) por 36.000 euros, consta el ingreso efectuado con fecha valor del 24 de abril de 2023.

Noveno. 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 18 de mayo 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

PRIMERO. La contratación del suministro de electricidad adolece de un vicio del consentimiento inducido por ENDESA ENERGÍA, S.A.U. mediante información sesgada e imprecisa e interrupciones a las intervenciones y preguntas de la consumidora durante el proceso de contratación.

SEGUNDO. ENDESA ENERGÍA, S.A.U. ha incumplido los requisitos de contratación recogidos en los apartados 5, y 6 del artículo 98 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Estos hechos resultan probados ya que, además de la denuncia presentada por la consumidora y el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de 12 de abril de 2023 de ENDESA ENERGÍA donde asume su responsabilidad por los hechos probados y su calificación jurídica, en el expediente también consta la conversación mantenida durante la llamada telefónica que los acredita, cuyo contenido se transcribe parcialmente a continuación, sin perjuicio de la existencia de otros extremos de la conversación en la misma línea, incluyendo ausencia de confirmación de algunos extremos y lectura rápida inaudible e ininteligible:

ENDESA ENERGÍA afirma al inicio de la conversación que: *“el motivo de mi llamada es para aplicarle un descuento en la factura de la luz y obtendrá un mes gratis y sin permanencia [...]. Que tiene usted un mes gratis en la factura de la luz y era para activárselo. Tiene el mes de febrero completamente gratis y la llamaba para activárselo”.*

La denunciante pregunta: *“¿esto viene por la compañía de la luz? Es que yo ya no me fío de nadie, la verdad, es que tengo cerca de [CONFIDENCIAL] años”* a lo que ENDESA ENERGÍA contesta: *“sí, claro, tranquila”*, sin especificar que se trata de otra compañía ajena a la comercializadora con la que la denunciante tiene contratado el suministro.

Acto seguido, ENDESA ENERGÍA solicita un número de teléfono a la denunciante: *“yo le voy a enviar el mensaje y usted me contesta con la palabra “sí”; que me conste en la base de datos como que ha recibido el mensaje y ya hacemos la modificación de los datos. [...] Usted pone “sí” y le da a enviar. [...] A ese mensaje me tiene usted que contestar con la palabra “sí” [...] y ahora hacemos la verificación de los datos y ya se lo dejamos activado”.*

Tras enviar el mensaje, la denunciante comienza a leer el contenido *“ENDESA le ofrece...”* y la comercial de ENDESA ENERGÍA la interrumpe insistiéndole en que conteste “sí” y le dé a enviar.

Acto seguido, ENDESA ENERGÍA le dice que van a continuar con la verificación de datos y le pide a la denunciante que le indique *“¿con qué banco paga usted las facturas? [...] ¿tiene usted por ahí la cuenta del banco para verificarla completa?”*. La consumidora le dice el nombre de su entidad bancaria, a lo que la comercial de ENDESA ENERGÍA le contesta: *“Empieza por 2038. A ver, confirmemela completa. Coja usted la cartilla del banco para verificar los números completos”*.

Cuando la denunciante vuelve con la cartilla, ENDESA ENERGÍA le insiste en que prosiga la serie del número de cuenta que comienza por [CONFIDENCIAL].

La comercial de ENDESA ENERGÍA continúa: *“ya me ha llegado el mensaje [...] le voy a hacer una pequeña grabación y ya se queda terminado. [...] Queremos ofrecerle la tarifa “tempo happy”, por lo cual no pagará por la potencia ni el consumo durante el primer mes con nosotros”*. Ante esta última información, la denunciante pregunta: *“perdón, ¿yo tengo ahora la luz con ENDESA?”*, a lo que ENDESA responde: *“sí, no, no, a ver, ENDESA es la que le activa el bono. Doña [CONFIDENCIAL], no me interrumpa, ¿vale?”*.

La comercial prosigue hablando y cuando le pregunta a la denunciante cuál de las modalidades ofertadas prefiere, esta le contesta: *“mire, yo no me estoy enterando...”*. La comercial de ENDESA ENERGÍA vuelve a interrumpirla y le insiste en que escoja una modalidad de la oferta. Prosigue recitando los datos de la contratación y le pide a la consumidora una vez más que confirme su número de cuenta, a lo que esta contesta: *“mire usted, es que a mí no me gusta dar el número de cuenta por teléfono, si ya lo tiene”*. ENDESA ENERGÍA insiste en que es “protocolo de seguridad” y ante la negativa de la consumidora de volverle a dar el número de cuenta, continúa con la llamada. *“A continuación le voy a leer un breve texto, el sms que le he enviado, deberá responder con la palabra “sí”, no me interrumpa [...]. Para su seguridad grabo la conversación para que quede constancia de su interés en contratar el suministro de luz [...] con ENDESA [...]”*.

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 los Hechos Probados de la presente resolución, la comercializadora ENDESA ENERGÍA realizó la activación a su favor del CUPS de electricidad

La comercializadora realizó la activación a su favor del CUPS de electricidad [CONFIDENCIAL] induciendo a engaño a la titular del mismo en el proceso de contratación y provocando un vicio en el consentimiento de esta última.

De la conversación telefónica se pueden extraer varios ejemplos de cómo ENDESA ENERGÍA proporciona información sesgada e incompleta que induce a error a la denunciante en varias ocasiones, llevándola a otorgar un consentimiento viciado:

- ENDESA ENERGÍA inicia la conversación exponiendo que el motivo de la llamada es aplicar un descuento de la luz, sin especificar que en realidad se trata de un cambio de comercializador.
- La denunciante pregunta si la oferta viene de la compañía de la luz y ENDESA ENERGÍA responde que sí, sin especificar que se trata de otra

compañía ajena a la comercializadora con la que la denunciante tiene contratado el suministro.

- La denunciante pregunta directamente si tiene la luz contratada con ENDESA ENERGÍA, a lo que la comercial de ENDESA ENERGÍA responde de forma evasiva diciéndole que ENDESA ENERGÍA es la que le activa el bono y pidiéndole a la denunciante que no la interrumpa.
- La denunciante comienza a leer en SMS, donde se supone que aparece la información de la contratación, y la comercial de ENDESA ENERGÍA la interrumpe.
- La denunciante plantea en varias ocasiones que “no me estoy enterando” y la comercial de ENDESA ENERGÍA le pide que no la interrumpa y prosigue con la contratación.
- La comercial de ENDESA ENERGÍA obtiene de forma fraudulenta la información sobre la cuenta bancaria aduciendo que se trata de una mera comprobación de los datos, consiguiendo que la denunciante le dé su número de cuenta bancaria sin ser ésta consciente de que el número de cuenta solicitado es al que ENDESA ENERGÍA va a asociar la facturación derivada del nuevo suministro. Es más, una vez que la comercial logra obtener el nombre del Banco genera una falta confianza al comenzar ella a decir los números del IBAN, siendo realmente los dígitos que identifican al propio banco y que son de dominio público. Más tarde, cuando la comercial de ENDESA ENERGÍA le vuelve a pedir que le diga el número de cuenta bancaria y la denunciante le dice que no entiende por qué le pide el número de cuenta, si se supone que ENDESA ENERGÍA tiene que tenerlo, la comercial le contesta que se trata de un protocolo de seguridad.

Lo anterior, por sí mismo ya pone de manifiesto que ENDESA ENERGÍA generó con su actuación un vicio en el consentimiento que resulta en un incumplimiento claro de los requisitos de contratación y apoderamiento, tal y como especifica el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en los términos ya expuestos en la propuesta de resolución, donde se hace referencia, a mayor abundamiento, a que el incumplimiento se manifiesta también en relación con los preceptos recogidos en los apartados 5 y 6 del artículo 98 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.¹

¹ 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 si el empresario llama por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma.

En concreto, tal y como consta en los hechos probados:

- Al inicio de la llamada telefónica, la comercial de ENDESA ENERGÍA se presenta diciendo que el motivo de la llamada es la aplicación de un descuento en la factura de la luz, cuando en realidad el verdadero motivo es el cambio de comercializador a favor de ENDESA ENERGÍA por cuanto aun cuando el cambio lleve aparejada una oferta, no puede considerarse en ningún caso ésta el objeto comercial principal de la llamada, tal y como indicó ENDESA ENERGÍA de forma engañosa.
- El SMS de confirmación de la oferta alegado por ENDESA ENERGÍA, realmente no tiene tal naturaleza en la medida que tanto el envío (en dos ocasiones) como la contestación a dicho mensaje se produjeron durante el transcurso de la llamada telefónica y antes de que se finalizara la contratación, desvirtuando el objetivo perseguido por la norma. En efecto, la “confirmación de la oferta” exige que el SMS se responda después de la contratación telefónica y no antes de la misma, como ocurrió en el presente caso.
- ENDESA ENERGIA no informó en ningún momento que dicho SMS era el mensaje de confirmación de la contratación en virtud del cual el cliente quedaba vinculado a la oferta. Al contrario, la única información que proporcionó ENDESA ENERGÍA a la denunciante al respecto fue engañosa, limitándose a decir “yo le voy a mandar el mensaje y usted me va a contestar “sí”, que me conste en la base de datos como que ha recibido el mensaje”.

En efecto, 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 refiere el citado artículo 66.4 de la Ley 24/2013. Por tanto, la conducta desarrollada por ENDESA ENERGÍA es plenamente subsumible en el tipo sancionador citado, dado que dicha conducta ha quedado acreditada y también reconocida por ENDESA ENERGÍA.

Sentado lo anterior, en cuanto a la disconformidad de ENDESA ENERGÍA sobre la corrección del tipo infractor efectuado en el acuerdo de la instructora de 16 de noviembre de 2022, debe reiterarse que, efectivamente como tiene reconocida

“6. En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms.

abundante jurisprudencia, el principio acusatorio se concreta en la propuesta de resolución – con la que finaliza la fase de instrucción del procedimiento – y no en el acuerdo de incoación, pudiendo incluso modificarse la calificación jurídica efectuada por el órgano instructor siempre que tal cambio no se base en la consideración de hechos distintos a los determinados en la fase de instrucción y se respete el derecho de defensa.

En el presente caso, se advierte que, durante la instrucción del procedimiento, la instructora dictó un acto de instrucción aclaratorio del de incoación, determinando una nueva calificación jurídica de los mismos hechos indiciarios que determinaron esa incoación y que esta concreción fue comunicada a ENDESA ENERGÍA y sobre la misma se concedió un nuevo plazo a la inculpada para que efectuara las alegaciones, aportara la documentación y propusiera la prueba que tuviera por conveniente, lo cual hizo en los extremos que estimó más oportunos para su defensa. Por ello, ha de rechazarse la existencia de vulneración alguna procedimental o del derecho de defensa para ENDESA ENERGÍA, quien no sufrió perjuicio alguno por la actuación instructora.

Por lo expuesto, ha de concluirse que las circunstancias determinadas en los Hechos Probados 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 ENERGÍA no ha obtenido un consentimiento válido del consumidor, por el contrario, a través de engaños e informaciones confusas, ENDESA adulteró la voluntad de la consumidora en el proceso de contratación, llevándola a otorgar un consentimiento viciado. Según ha quedado acreditado (y reconoce la propia comercializadora) el cambio de comercializador se producía como resultado de un procedimiento en el que ENDESA ENERGÍA actuó de forma fraudulenta con conocimiento de causa al activar la contratación para el CUPS eléctrico de la denunciante.

Como se pone de manifiesto en la llamada telefónica, la comercial de ENDESA ENERGÍA proporcionó información incompleta y sesgada, además de que, en varias ocasiones, tuvo oportunidad de clarificar la situación ante las preguntas de la consumidora y no lo hizo, contestando con evasivas y pidiendo no ser interrumpida durante el proceso de contratación. Además, lejos de corregir su conducta, tras la devolución de los recibos por parte de la consumidora, ENDESA ENERGÍA reclamó en varias ocasiones el importe de las facturas emitidas.

A lo anterior se añade que el procedimiento de calidad para verificar las contrataciones que describe ENDESA ENERGÍA en sus alegaciones, consistente en verificar un cuadro con los datos relativos a la tarifa, los descuentos, los datos de cliente y los asociados a la contratación, resulta a todas luces insuficiente. Así queda evidenciado con la propia locución grabada de la llamada telefónica en el presente caso cuya mera audición lleva ineludiblemente a poder comprobar su contenido y, en definitiva, auditar el método de obtención de datos (mediante engaño o no) y el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 98 de la LDCU, relativos a la identificación de la empresa y el motivo

de la llamada, así como a la formación y confirmación del consentimiento para la contratación.

En efecto, en el presente caso, habría sido suficiente con escuchar los primeros segundos de la llamada para detectar la primera irregularidad consistente en la determinación del motivo de la llamada, ocultando que se trata de un cambio de comercializador y no de un mero descuento del pago de un mes. Además, también hubiera sido suficiente verificar las horas de inicio y finalización de la llamada y del envío y contestación del SMS para comprobar la imposibilidad de que éste pudiera ser “confirmación” de la contratación previamente efectuada.

Por todo ello, debe considerarse que ENDESA ENERGÍA ha actuado de forma dolosa en la obtención del consentimiento de la consumidora, por lo que se le responsabiliza de la misma a dicho título doloso.

Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la Propuesta de Resolución se indicaba que ENDESA ENERGÍA 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 ENERGÍA 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 ENERGÍA 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 sesenta mil (60.000) euros, quedando en un total de treinta y seis mil (36.000) 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 séptimo, 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 sesenta mil (60.000) 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 treinta y seis mil (36.000) 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.