

# **RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD ENDESA ENERGÍA, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES**

(SNC/DE/022/22)

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

### **Presidente**

D.<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

### **Consejeros**

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

### **Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 30 de noviembre 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. Apertura de procedimiento de verificación de consentimiento al cambio de comercializador en el periodo entre el 1 de julio de 2019 y el 30 de junio de 2020.**

En el marco del procedimiento de verificación del efectivo consentimiento al cambio de comercializador durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2019 y el 30 de junio de 2020 (IS/DE/020/20), el Director de Energía de la CNMC, en fecha 4 de diciembre de 2020, requirió a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA ENERGÍA) el soporte documental que acreditase el consentimiento de un listado de CUPS, entre los que se encontraban el siguiente:

- CUPS electricidad: [CONFIDENCIAL], cuyo contrato con ENDESA ENERGÍA data del 21 de noviembre de 2019, y para el que no consta ningún documento individual e independiente de renuncia a la aplicación del bono social por parte del consumidor.

Tras el análisis de la documentación aportada por ENDESA ENERGÍA, se detectó que el referido CUPS estaba anteriormente acogido al bono social - según la información aportada por el comercializador de referencia que figura igualmente en las referidas actuaciones previas IS/DE/020/20- y que tras el cambio de comercializador en el mercado libre, ENDESA ENERGÍA no había aportado la renuncia por escrito en los términos exigidos en el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

En concreto, con fecha 29 de julio de 2020, el Director de Energía requirió a los comercializadores de referencia (entre ellos, COMERCIALIZADORA REGULADA, GAS &POWER, S.A. y ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U.) la aportación de tres archivos con el listado de CUPS con bono social y sus motivos a fechas 30 de junio y 31 de diciembre de 2019 y otro a 30 de junio de 2020 (*folios 1 a 4*). COMERCIALIZADORA REGULADA, GAS &POWER, S.A. y ENDESA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L. el día 31 de julio de 2020 accedieron a las respectivas notificaciones puestas a su disposición el día 29 de julio de 2020. Por su parte, COMERCIALIZADORA REGULADA, GAS &POWER, S.A. cumplimentó el referido requerimiento el día 29 de septiembre de 2020, incluyendo el CUPS de referencia [CONFIDENCIAL] únicamente en su archivo de BS a fecha 30 de junio de 2019 en categoría 4 (*“Consumidor vulnerable severo.Renta”*). Del mismo modo, en el SIPS de los meses 05 y 06 de 2020 que tiene depositado esta Comisión se advierte que este CUPS está activado con BS nuevamente a favor de la comercializadora. En el expediente (*folio 5*) se incluye la tabla elaborada por la Subdirección Económico-Financiera y Precios Regulados, con la indicada documentación obrante en el expediente IS/DE/020/20 y SIPS.

## **Segundo. Incoación del procedimiento sancionador**

El 2 de junio 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 las medidas de protección al consumidor

Según el acuerdo de incoación, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la posible vulneración del contenido del artículo 46.1.j)

de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con la falta de aportación de documento individual e independiente de renuncia a la aplicación del bono social en 1 CUPS.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 7 de junio de 2022. ENDESA ENERGÍA accedió a la notificación al día siguiente, según obra en el expediente administrativo.

### **Tercero. Ampliación de plazo para alegaciones y acceso al expediente**

El 9 de junio de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de ENDESA ENERGÍA solicitando ampliación de plazo para efectuar alegaciones y tener acceso al expediente.

Mediante oficio de fecha 9 de junio de 2022 se le otorgó la ampliación del plazo y el acceso al expediente solicitado a través de la sede electrónica de la CNMC, según lo establecido en el artículo 14.2.a) de la Ley 39/2015, accediendo ENDESA ENERGÍA a su contenido el 15 de junio de 2022 a las 11:36 horas, tal y como consta en el expediente administrativo [folio 58 del expediente].

Mediante oficio de 24 de junio de 2022 se le puso por segunda vez a disposición de ENDESA ENERGÍA el expediente administrativo, habiendo accedido nuevamente la empresa el 5 de julio de 2022, a las 12:27 horas [folio 95 del expediente].

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

Con fecha 20 de junio de 2022, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA ENERGÍA en el que manifiesta:

- Que la CNMC no ha dado acceso al expediente, por lo que ENDESA ENERGÍA desconoce la información contenida en el mismo.
- En cuanto a los hechos que figuran en el Acuerdo de inicio, ENDESA ENERGÍA expone que:
  - o El alta se solicitó por el consumidor a través del canal stand de ENDESA ENERGÍA, que suscribió el contrato de suministro eléctrico el 15 de noviembre de 2019, sin que ENDESA ENERGÍA tuviera constancia de que disponía de bono social en el momento de contratación ni tampoco la consumidora lo manifestó durante el proceso de contratación. Tras solicitarse a la distribuidora el cambio de comercializador, la activación del contrato tuvo lugar el 21 de noviembre de 2019.
  - o En el contrato suscrito se informaba en el pie de firma de que *“en el caso de reunir las condiciones para acceder al PVPC y/o bono social, la suscripción de este contrato impedirá su aplicación”*. Por lo tanto, el

consumidor no puede alegar desconocimiento en cuanto a que el cambio de comercializadora supone la pérdida del bono social. Es más, recae sobre el consumidor la obligación de informar de que está acogido al bono social.

- El consumidor no manifestó estar acogido al bono social y la propia normativa impide que las comercializadoras conozcan ese dato. Asimismo, el SIPS de ENDESA ENERGÍA no disponía de la información actualizada.
- La falta de información impide que pueda requerírsele al comercializador el cumplimiento de la obligación del art. 5.5. del RD 897/2017. En el presente caso, ENDESA ENERGÍA ha cumplido con la obligación de informar y es el consumidor quien debió poner en conocimiento de la comercializadora que estaba acogido al bono social, y no lo hizo.
- Además, no consta que el consumidor estuviera acogido al bono social.
- A la vista de lo anterior, el procedimiento vulnera el principio de antijuridicidad (no puede concluirse que ENDESA ENERGÍA haya llevado a cabo una conducta contraria al ordenamiento jurídico en tanto no puede tener conocimiento, si no es por vía del consumidor de la aplicación del Bono Social) y el de culpabilidad (la normativa impide conocer esta circunstancia al comercializador, y la responsabilidad última corresponde al consumidor o al distribuidor).

Por todo ello, solicita que se declare el archivo de actuaciones y, subsidiariamente, se requiera al consumidor y al Ministerio para que acredite que, efectivamente, en el momento de contratar con ENDESA ENERGÍA estaba acogido al bono social y era beneficiaria desde el 15 de noviembre de 2019.

Con fecha de 8 de julio de 2022 tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA reiterando el anterior escrito de alegaciones y aduciendo únicamente la existencia en el expediente de un Excel posterior a la fecha de contratación.

Por todo ello, reitera su solicitud de que se declare el archivo de actuaciones, por no ser el comportamiento de ENDESA ENERGÍA constitutivo de infracción administrativa alguna. y, subsidiariamente, se requiera al consumidor y al Ministerio para que acredite que, efectivamente, en el momento de contratar con ENDESA estaba acogido al bono social y era beneficiaria desde el 15 de noviembre de 2019.

## Quinto. Propuesta de resolución

El 8 de febrero 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, que:*

*“**PRIMERO.** Declare que la empresa ENDESA ENERGÍA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con las medidas de protección de los consumidores.*

***SEGUNDO.** Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de 15.000 (quince mil) euros por la comisión de la anterior infracción.”*

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 febrero de 2023 a las 08:25 horas, ENDESA ENERGÍA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 10 de febrero, según obra en el expediente administrativo.

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

Con fecha 27 de febrero de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA a la propuesta de resolución, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que ratifica todos los argumentos y motivos aducidos en relación con el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador.
- Que la relación de hechos no se ajusta a la realidad: ni la situación (BONO SOCIAL) de la reclamante está acreditada, ni ENDESA ENERGÍA conocía tal situación. Véase indicios de ausencia de dicha información facilitada por parte de la consumidora y negación de su existencia por parte de la distribuidora.
- Que hay atipicidad de la conducta de ENDESA ENERGÍA por carecer de los elementos objetivos y subjetivos del tipo infractor (antijuridicidad y culpabilidad):
  - o Tipicidad: por cuanto ENDESA ENERGÍA desconocía que el consumidor estuviera acogido al bono social, en el SIPS de la distribuidora aparece la mención “No al bono social”, ENDESA

ENERGÍA informó expresamente al consumidor de que la suscripción contractual le impide la aplicación del bono social.

- Antijuricidad: por cuanto la conducta de ENDESA ENERGÍA no ha llevado a cabo una conducta contraria al ordenamiento jurídico al no tener conocimiento de la situación.
- Culpabilidad: por cuanto la normativa le impide conocer la información relativa al Bono Social y los responsables últimos de comunicarle dicha situación (consumidor y distribuidor) no lo han hecho.

Por todo ello, solicita que se declare el archivo de las actuaciones por la ausencia de indicios de haber llevado a cabo cualquier tipo de conducta constitutiva de infracción administrativa. Subsidiariamente, solicita se practique prueba de requerimiento a la consumidora y al Ministerio para acreditación de si el 15/11/2019 la primera realmente era beneficiaria del bono social.

### **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 22 de marzo 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.

### **Octavo. 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.

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

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.** La titular del CUPS [CONFIDENCIAL] estaba acogida al bono social antes de contratar con ENDESA ENERGÍA y con posterioridad volvió a solicitar acogerse al bono social. En concreto:

- El consumidor estuvo acogido al bono social (consumidor vulnerable severo, renta) con COMERCIALIZADORA REGULADA GAS & POWER, S.A. desde, al menos, el 1 de julio de 2019, hasta el 21 de noviembre de



2019; fecha en que se activó el contrato suscrito con ENDESA ENERGÍA, S.A.

- El 9 de abril de 2020, el consumidor volvió a solicitar acogerse al bono social, esta vez con ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, constando como activado el bono social el 30 de junio de 2020.

Este hecho queda probado por la información aportada por los comercializadores regulados (COMERCIALIZADORA REGULADA GAS & POWER, S.A. y Endesa XXI Comercializador de Referencia, S.L.), tras requerimientos de la CNMC efectuados con fecha 29 de julio de 2020 a los comercializadores regulados en el marco del expediente IS/DE/020/20 (folios 1 a 4), la contestación evacuada por estos, en particular la cumplimentación realizada por COMERCIALIZADORA REGULADA, GAS & POWER, S.A. el 29 de septiembre de 2020 que figura en el mismo expediente, así como el SIPS de los meses de afectación obrantes en esta Comisión (información elaborada por la Subdirección Económico-Financiera y Precios Regulados que se recoge en el folio 5).

**SEGUNDO.** En el marco de la contratación con ENDESA ENERGÍA, la comercializadora libre procedió al cambio de comercializador sin contar con la renuncia expresa y por escrito del consumidor al bono social, tal y como exige el artículo 5.5. del RD 897/2017.

Este hecho queda probado por la falta de aportación por parte de ENDESA ENERGÍA del documento de renuncia por escrito (folios 6 a 22) y reconocimiento expreso de la ausencia de tal documento en los escritos de alegaciones presentados por ENDESA ENERGÍA en el presente procedimiento.

En cuanto al HECHO PROBADO PRIMERO, ENDESA ENERGÍA alega que no queda acreditado que la consumidora - a fecha de contratación con ENDESA ENERGÍA - tuviera la aplicación del Bono Social. Para ello, ENDESA ENERGÍA manifiesta aportar pantallazo del proceso de activación realizado con la distribuidora correspondiente al CUPS afectado. En particular, la comercializadora resalta el inciso en el que ella indica a la distribuidora que si el CUPS estuviera acogido a bono social, no se tramitara su solicitud de activación.

Sin embargo, esta alegación de ENDESA ENERGÍA no puede tener favorable acogida por cuanto esta Sala considera que el mero éxito de un proceso de solicitud de activación con la indicación reseñada no acredita más allá de que la distribuidora ha tramitado tal solicitud previa eventual verificación, en su caso, de lo que al respecto le señala el comercializador entrante con la información que figura en su sistema. En el presente caso, lo cierto es que el propio

comercializador saliente que está suministrando la energía eléctrica a la consumidora en la fecha de activación y está facturándole por ello, es la que informa a esta Comisión de la existencia de aplicación del bono social por razón de vulnerabilidad severa (renta). Por tanto, esta Sala considera que debe darse absoluta verosimilitud a la información remitida por la propia comercializadora saliente suministradora del servicio en ese momento, máxime observándose que, en menos de cinco meses, la titular del CUPS vuelve a tener la aplicación del bono social por la misma categoría de vulnerabilidad severa y misma razón económica.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Habilitación competencial de la CNMC**

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones graves por la infracción tipificada en el artículo 65.25 de dicha Ley.

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 II 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 dieciocho 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 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones graves, *“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de*



*mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables”.*

Por su parte, los artículos 45, 45 bis y 46 de la misma Ley desarrollan el derecho de los consumidores vulnerables al bono social y las obligaciones de los comercializadores de energía eléctrica en relación con el suministro, respectivamente.

La normativa de desarrollo de las medidas de protección al consumidor se encuentra establecida en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Así, en su artículo 5 se detallan las obligaciones de información para la protección al consumidor que cumpla los requisitos para ser considerado vulnerable.

Cuando un consumidor que esté acogido al bono social pretenda cambiarse al mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que la suscripción del nuevo contrato en el mercado libre comportará que no resulte de aplicación el bono social y añade el segundo párrafo del apartado 5 del citado artículo 5 del Real Decreto 897/2017 cómo se concreta esta exigencia. Tales extremos son contemplados por el texto reglamentario, como sigue:

*“5. Cuando un consumidor que esté acogido al bono social vaya a suscribir un contrato con un comercializador en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor, en el marco de las obligaciones recogidas en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social. Esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII. Del mismo modo, cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél [...]”*

No hay duda al respecto de que el Real Decreto expresa la necesidad de que esta información conste en un documento por separado al determinar que la

mencionada información debe constar en documento individual e independiente, que llevará por título «*Renuncia a la aplicación del bono social*» y estar debidamente firmado por el consumidor par la válida suscripción del nuevo contrato. En el Anexo VII del citado precepto consta el modelo con el contenido de este escrito de renuncia.

Además, con respecto a los consumidores acogidos al mercado regulado (PVPC) que, sin ser perceptores del bono social, tengan voluntad de suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente de que, si el consumidor cumpliese los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél.

Por todo lo expuesto, está acreditado en el expediente de forma indubitada que:

(i) la consumidora estaba acogida al Bono Social, por cuanto así lo especifica la información obrante en el expediente (folio 5 elaborado con la documentación obrante en el expediente IS/DE/020/20 y SIPS), sin que resulte, por tanto, necesario practicar actuación complementaria alguna adicional.

(ii) ENDESA ENERGÍA no cumplió las obligaciones a las que está sujeta en dichos casos de acogimiento al Bono Social en los términos previstos por el art.5 del Real Decreto 897/2017, esto es, no informó expresamente al consumidor que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado en los términos y forma exigidos por el citado precepto, en relación con el artículo 46.1.j) de la LSE.

En concreto, la comercializadora no aportó al consumidor el documento individual e independiente “*Renuncia a la aplicación del bono social*” ni recabó su firma. ENDESA ENERGÍA reconoce expresamente que no informó a la comercializadora en los términos previstos en el citado artículo 5.5 del RD 897/2017 y no aportó al consumidor ni recabó la firma del meritado documento específico de renuncia.

Por lo expuesto, considerando que ENDESA ENERGÍA procedió, según el Hecho Probado, al cambio de un suministro de un consumidor vulnerable severo sin haber acreditado que disponía del documento de «renuncia a la aplicación del bono social”, comportando la pérdida del bono social, esta conducta es subsumible indudablemente en el tipo sancionador previamente descrito.

Finalmente, no habiéndose observado la conducta antijurídica en la contratación presencial del CUPS afectado las medidas de protección al consumidor establecidas por el citado precepto (artículo 5.5 RD 897/2017, en relación con el artículo 46.1.j) LSE) y previsto su incumplimiento como tipo infractor grave del artículo 65.25 LSE, no resultan admisibles los argumentos esgrimidos por

ENDESA ENERGÍA en cuanto a una eventual falta de legalidad, tipicidad y juridicidad de su conducta en el presente caso.

En primer lugar, respecto a la falta de legalidad, únicamente alegada por ENDESA ENERGÍA pero sin incluir concreta aseveración válida al respecto, ha de señalarse que resulta indiscutible, además de la competencia sancionadora de la CNMC atribuida por norma con rango de ley, que el artículo 46.1 de la LSE describe una de las conductas tipificadas como infracciones por el mismo texto legal (artículo 65.25 LSE), en concreto, este precepto determina como una de las obligaciones de las comercializadoras eléctricas “j) *Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente*” y el Real Decreto 897/2017, recoge válidamente en su apartado 5.5 la concreta medida de protección aplicable respecto al procedimiento de información y acreditación aplicable a los consumidores vulnerables con aplicación de bono social.

En segundo lugar, respecto a la falta de tipicidad, en el folio 122 de alegaciones a la propuesta de resolución, mera reproducción del 87 del expediente, alega Endesa que no se pueden considerar subsumidos los hechos dentro del tipo infractor y, por ende, no se cumple con el principio de tipicidad. En concreto señala que:

- Endesa desconocía que el consumidor estuviera acogido al bono social
- La distribuidora debería disponer de esa información y, sin embargo, no la dispone.
- Endesa dio cumplimiento a la obligación del artículo 5.5 del RD 897/2017 en la medida que informó expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél, a través del mensaje contenido a pie de página del contrato suscrito.

Sin embargo, contrariamente a lo que sostiene ENDESA ENERGÍA, en el presente caso sí existe una conducta típica por parte de esta comercializadora en la medida que los hechos probados (existencia de una titular de CUPS que es consumidora vulnerable severa con aplicación del bono social por parte de la comercializadora regulada saliente y activación por parte de la comercializadora entrante sin haber cumplimentado su obligación de información en los términos previstos en el artículo 5.5, esto es, sin formalización del documento independiente de “renuncia”) determinan irrefutablemente la existencia de una conducta infractora prevista en el artículo 65.25 de la LSE al tratarse del incumplimiento de la obligación de una de las medidas de protección de las que son merecedores los consumidores vulnerables previstas en el artículo 46.1.j) de la LSE.

A este respecto asume la incoada que incluir en la “letra pequeña” del contrato a firmar por la consumidora un inciso relativo a la inaplicación del bono social para el caso de cambio al mercado libre es suficiente como para dar cumplimiento a la obligación legal establecida de ofrecer la información por separado a los clientes que cambien al mercado libre estando acogidos al Bono social. Sin embargo, dicha previsión únicamente sería válida para los supuestos en los que los consumidores no están aplicando dicho bono social, tal y como se recoge en el tercer párrafo del meritado artículo 5 del RD 897/2017, circunstancia que no concurre en el presente supuesto enjuiciado.

En tercer lugar, alega la incoada que no corresponde aplicar la sanción al vulnerarse el principio básico de antijuridicidad (folio 122, en reproducción del 87), mediante el argumento siguiente:

*[...] en lo que respecta a Endesa Energía, en el presente supuesto no concurre el principio de antijuridicidad que conforma cualquier ilícito administrativo, y ello, por cuanto, como ha sido acreditado con anterioridad, no puede concluirse que la mercantil a la que represento haya llevado a cabo una conducta contraria al ordenamiento jurídico en tanto no puede tener conocimiento, si no es vía comunicación por el propio consumidor, de la aplicación de Bono Social. La comercializadora debe cumplir con la obligación de informar, extremo acreditado, y es la consumidora en este caso la que debería haber dado a conocer a lo efecto oportunos, y no lo hizo, su sujeción a Bono Social que a la vista del expediente no resulta probado que efectivamente se le estuviese aplicando.”*

ENDESA ENERGÍA basa su argumento en el hecho de que ella no puede tener conocimiento, si no es por vía de comunicación del consumidor, de la aplicación del Bono social. Entiende pues ENDESA ENERGÍA que es la falta de comunicación activa del consumidor lo que le exime de la obligación atribuida al comercializador entrante de informar a los consumidores de sus derechos relativos a la aplicación del bono social y las consecuencias que su renuncia implica. Según este argumento de ENDESA ENERGÍA, entonces el artículo 5.5 destinado a la protección del consumidor vulnerable, debería entenderse más bien como una obligación del propio consumidor vulnerable acogido al Bono Social de comunicar su situación a una nueva comercializadora antes de proceder al cambio al mercado libre.

Pues bien, con carácter previo, ha de insistirse en la existencia de una conducta antijurídica por parte de ENDESA ENERGÍA en el presente caso, en la medida que su actuación en el caso analizado no resulta acorde con la medida de protección prevista en el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017, por cuanto el deber de información que le resulta exigible como comercializadora entrante no ha sido cumplimentado en los términos fijados por la normativa.

En efecto, a juicio de esta Sala, la alegación de ENDESA ENERGÍA conculca manifiestamente la previsión normativa que resulta de aplicación, por cuanto, la regulación determina claramente como una medida de protección al consumidor vulnerable, la obligación del comercializador entrante de informarle sobre la inaplicación del bono social, sentando expresamente como obligación de este comercializador el identificar aquellos consumidores que están sujetos al bono social respecto de los que no lo están, por cuanto su obligación de información la ha de cumplimentar de distinto modo. Si se trata de un consumidor vulnerable, la información del comercializador se cumplimenta a través de la formalización del documento “renuncia” y si no es consumidor vulnerable el deber de información por parte del comercializador se cumplimenta con la inclusión de un inciso de inaplicación del bono social en el documento contractual.

Evidentemente para que esta medida de información pueda ser cumplimentada por el comercializador entrante, resulta ineludible que previamente sea este comercializador entrante quien identifique ambas tipologías de consumidores. Este deber de identificación recae en el propio comercializador, quien tiene que habilitar los medios necesarios idóneos para llevarla a efecto. Estos medios pueden ser muy variados, y no resultan incompatibles entre sí, pues lo importante es que resulten eficaces para el fin perseguido (información y renuncia por parte del consumidor vulnerable o información de inaplicación para los restantes consumidores).

Indiscutiblemente la normativa establece la obligación del comercializador entrante de informar al consumidor correctamente para recabar su consentimiento plenamente válido en lo que se refiere a su renuncia o inaplicación del bono social, dependiendo de las circunstancias que concurran (vulnerabilidad o no vulnerabilidad) en cada caso. En consecuencia, y sin perjuicio de la eventual fuente de información que puedan ser *a posteriori* el SIPS o el sistema informático de activación del distribuidor, lo cierto es que el comercializador entrante y antes de la contratación con un nuevo consumidor doméstico debe ofrecer la correcta información a ese consumidor y, para ello, debe indagar de forma infalible cuál es su situación. Ineludiblemente esta obligación conlleva la necesidad de que el comercializador entrante informe correctamente al consumidor y también recabe previamente información del propio consumidor respecto de su situación en cuanto a la aplicación/inaplicación del bono social.

Esta obligación resulta inexcusable para ENDESA ENERGÍA, como comercializador entrante, siendo plenamente consciente de su obligación de protección a los consumidores vulnerables, mientras que no tiene un consumidor la obligación de conocer la ley, aún más cuando no corresponde a ese consumidor la aplicación del precepto en discusión. Sin embargo, en el presente caso se ha observado que ENDESA ENERGÍA no ha informado directamente al consumidor ni ha recabado su renuncia en los términos exigidos por el art. 5.5 RD 897/2017, por cuanto:

- En la documentación comercial (formulario y condiciones económicas) presentada a la consumidora por la TASK FORCE que obra en el expediente no se prevé cumplimentación alguna respecto al disfrute o no del bono social por parte del nuevo cliente al que se está abordando.
- ENDESA ENERGÍA no ha aportado al expediente actuación alguna correspondiente de cumplimentación de ulterior procedimiento de calidad (llamada telefónica..) en el que se incluya una pregunta expresa respecto a su disfrute o no del bono social con la comercializadora saliente ni sobre su renuncia expresa el mismo.

Contrariamente a lo que parece sostener ENDESA, la medida de protección al consumidor vulnerable de información/renuncia al bono social impuesta por la normativa al comercializador entrante ni es de imposible cumplimiento ni la responsabilidad de este cumplimiento descansa en terceros ajenos al propio comercializador entrante.

Deben rechazarse los argumentos de vulneración de la antijuridicidad de la conducta y concluirse por tanto que ésta es efectivamente antijurídica y rechazarse la alegación al respecto de Endesa.

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que las circunstancias determinadas en los Hechos Probados son subsumibles en el tipo sancionador recogido en el artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, determinándose un incumplimiento de las obligaciones que están claramente definidas en la Ley del Sector Eléctrico. La norma sectorial dedica su artículo 45 a la regulación de la figura del consumidor vulnerable y al derecho que dichos consumidores tienen reconocido por ley a acogerse al bono social y, por otra parte, la disposición reglamentaria desarrolla, a nivel de detalle, entre otras cuestiones, el procedimiento para que un consumidor pueda solicitar el bono social, las condiciones de renovación, la obligación del consumidor de comunicar cualquier cambio en las condiciones que dan derecho a su percepción y, los requisitos documentales que deben cumplir los comercializadores entrantes en los supuestos de contrataciones con pérdida del bono social.

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

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley y su antijuridicidad, 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).

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”.*

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 y, en concreto, las relativas a la protección de los consumidores.

La conducta de ENDESA ENERGÍA y el incumplimiento que la misma comporta se enmarca en el bloque normativo que tiene por objeto velar por la protección de los consumidores domésticos de energía eléctrica de carácter vulnerable.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Audiencia Nacional, entre otras, en Sentencias de 5 de mayo y 21 de octubre de 2021 y 20 de enero y 12 de mayo de 2022 *“Ya se ha apuntado anteriormente, y señala la STS de 15 de febrero de 2021 (rec. 1916/2020 ) que, «estando admitida en nuestro Derecho Administrativo la responsabilidad directa de las personas jurídicas, a las que se reconoce, por tanto, capacidad infractora, el elemento subjetivo de la infracción se plasma en estos casos de manera distinta a como sucede respecto de las personas físicas, de manera que, como señala la doctrina constitucional que antes hemos reseñado - STC 246/1991, de 19 de diciembre (F.J. 2 ) y 129/2003, de 30 de junio (F.J. 8)- la reprochabilidad directa deriva*

*del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma».*

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de todas y cada una de las obligaciones características de estos sujetos. Entre ellas, se encuentra la ya mencionada obligación de garantizar el derecho de los consumidores vulnerables al bono social y asegurarse documentalmente de que, en el caso de producirse un cambio de suministro que comporta renuncia del mismo, ésa sea la voluntad inequívoca del consumidor. Para ello el reglamento de aplicación ha dispuesto (art.5.5) que la comercializadora que vaya a suscribir el nuevo contrato deberá disponer de un documento individualizado de renuncia expresa del bono social. Ello comporta la necesidad de aplicar con carácter previo a la contratación de cualquier contrato de suministro, los controles eficaces y suficientes que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor, con todas sus derivadas, en los términos exigidos en la norma.

En el presente caso,

- (I) La documentación contractual (folios 7 a 10 del expediente, formulario y manual de producto, con condiciones económicas) cumplimentada y suscrita por la consumidora no incluye información alguna respecto de la inaplicabilidad del bono social.
- (II) ENDESA ENERGÍA reconoce que no ha presentado a la consumidora el referido documento de “*RENUNCIA al bono social*” para su formalización.
- (III) ENDESA ENERGÍA, como única medida de protección al consumidor se refiere a la inclusión a posteriori en las condiciones particulares contractuales del siguiente inciso incluido en medio de su último párrafo de 7 líneas, letra pequeña, con el siguiente contenido “*Igualmente, se le informa de que, en el caso de reunir las condiciones para acceder al PVPC y/o bono social, la suscripción de este contrato impedirá su aplicación*” (folio 20 del expediente).
- (IV) ENDESA ENERGÍA no ha alegado ni ha presentado documentación acreditativa alguna de haber aplicado alguna medida de control de calidad para el presente caso, a pesar de que, en otros expedientes, ha manifestado que ha implementado una estricta política de supervisión en la que se realiza una llamada de control de calidad en todos los casos en los que la formalización contractual se haya llevado a término a través de la fuerza de ventas, como ha sido precisamente el presente caso.

- (V) ENDESA ENERGÍA alega que, como comercializadora entrante, la normativa no le permite tener conocimiento de si el consumidor disfruta del bono social o no.

Pues bien, al respecto debe subrayarse que la normativa determina inequívocamente que la obligación de informar expresamente al consumidor sobre la inaplicación del bono social recae exclusivamente en el comercializador entrante. Esta cuestión ha sido constatada por la Audiencia Nacional (SAN 20 de enero de 2022, en expediente SNC/DE/111/17), en reconocimiento de una alegación vertida por la propia ENDESA en dicho procedimiento sancionador.

Así pues, en la medida que es a la comercializadora entrante a la única que corresponde aplicar esta medida de protección a favor de los consumidores vulnerables perceptores del bono social, debe ser esta comercializadora (ENDESA ENERGÍA, en el presente caso) quien diseñe y aplique específicamente todas aquellas medidas que resulten eficaces para lograr esa protección al consumidor que la normativa ha determinado.

En el presente caso es indiscutible que, no solo no han resultado eficaces las medidas de protección instauradas por ENDESA ENERGÍA, sino que esta comercializadora ha reconocido que no ha previsto medida alguna tendente a hacer efectiva dicha protección con carácter previo y únicamente *a posteriori* ha incluido un mero inciso insertado en el párrafo final de condiciones contractuales particulares con letra pequeña del modelo contractual-tipo tipográfico y en el que no figura nada manuscrito por la comercializadora al respecto.

Dicha inserción tipográfica no es suficiente ni eficaz ni tampoco supone dar cumplimiento a la obligación normativa del comercializador entrante de informar expresamente al consumidor sobre la inaplicación del bono social.

En el presente caso, ENDESA ENERGÍA efectuó la contratación presencial a través de la fuerza de ventas (TASK FORCE) (de hecho, la consumidora está suscribiendo adicionalmente un servicio de mantenimiento) y ENDESA ENERGÍA conocía que esta contratación se refería a un CUPS doméstico y con potencia contratada de 3,450 susceptible de estar aplicando el bono social.

Esta contratación presencial consiste en la presentación a la consumidora del formulario de contratación, así como del correspondiente manual de producto y la consumidora los suscribe. Así, véanse en los folios 7 y 8 del expediente, el documento y condiciones económicas firmados por la consumidora, cuyas firmas pueden verificarse con la copia del NIF (folios 9 y 10). Como puede observarse con la mera lectura de esos documentos (formulario de contratación y manual de productos con condiciones económicas) que han sido cumplimentados y también

firmados por la consumidora, en ninguno de ellos se recoge información expresa y separada de la inaplicación del bono social en caso de ser perceptor del mismo.

Pese a las circunstancias concurrentes en este caso y los indicios existentes de susceptibilidad de aplicación de bono social, ENDESA ENERGÍA no ha aplicado medida de protección alguna a esta consumidora en la documentación suscrita por la consumidora (folios 7 a 10), más allá de la mera inclusión a posteriori que con carácter general se recoge en su contrato-tipo (folio 20), un inciso que es claramente insuficiente en este supuesto para entender que con el mismo se informa expresamente a la consumidora de tal circunstancia en los términos tan específicos que exige la normativa, máxime tomando en consideración que se trata de un servicio esencial dirigido a un colectivo vulnerable severo (renta) especialmente confuso con la amalgama de sociedades comercializadoras y sus denominaciones sociales.

Nótese que ENDESA ENERGÍA pretende hacer valer este inciso incluido con letra tipográfica pequeña en el posterior contrato tipo-modelo editado, sin que la consumidora siquiera tenga que dar confirmación expresa a su voluntad de inaplicación del bono social ni tampoco manifestar expresamente que no está acogida al bono social, cuando además dicha información no venía referida en la documentación inicialmente firmada por la propia consumidora (folios 7 y 8).

En el presente caso, el hecho de que ENDESA ENERGÍA no ha realizado medida de protección alguna eficaz a la consumidora con bono social (vulnerable severa por renta) queda refrendado por el hecho de que la consumidora en poco más de 4 meses volvió a acogerse al bono social, suscribiendo contrato esta vez con ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA.

Como ha venido sosteniendo la Audiencia Nacional (entre otras SAN 10 de marzo de 2021 o 12 de mayo de 2022) debe ponerse de manifiesto *“la importancia que tiene la comprobación de la prestación del consentimiento efectivo, que se enmarca en los derechos de los consumidores a que alude la Ley 24/2013 en coherencia con la directiva 2009/72/CE, que impone una actuación muy cautelosa cuando se trata de captación de clientes a través de terceros que cobran en función de resultados...”*. Pues bien, debe considerarse que esa cautela también resulta aplicable en el presente caso por incumplimiento de la previsión contemplada en el artículo 46.1.j) de la LSE en su vertiente de inaplicación del bono social (art.5.5 del RD 897/2017), medida específicamente diseñada para un colectivo especialmente vulnerable severo (renta) y respecto de un servicio público como es el suministro eléctrico, siendo especialmente relevante que ENDESA ENERGÍA no ha empleado toda la diligencia que le era exigible con el fin de informar y recabar el consentimiento de la consumidora en cuanto a la inaplicación del bono social, lo cual tiene consecuencias económicas muy significativas en un entorno de vulnerabilidad severa por ausencia de rentas económicas.

En definitiva, esta Sala comparte la consideración realizada por la instrucción en su propuesta relativa a la inexistencia de un control previo eficaz y que, en todo caso, no alcanza – como la propia comercializadora reconoce – a la obtención del preceptivo documento expreso de renuncia a la aplicación del bono social en el caso imputado a ENDESA ENERGÍA, constituyendo ello una negligencia punible en este procedimiento.

La admisibilidad de lo contrario llevaría a entender que los comercializadores entrantes no tienen en la práctica realmente obligación de llevar a término medida de protección alguna, lo cual resulta de todo punto incompatible con las concretas obligaciones que la normativa les exige y con la merecida protección que los consumidores domésticos de electricidad y gas han de tener, especialmente en un contexto de vulnerabilidad.

En definitiva, la constatación de la falta de diligencia suficiente exigible al comercializador, a título de culpa negligente en el caso imputado, se puede advertir al considerar la alegación de ENDESA ENERGÍA cuando pone de manifiesto que efectivamente el meritado documento no existe y que no ha aplicado ninguna otra medida eficaz de protección y/o calidad respecto del caso concreto.

Las alegaciones de ENDESA ENERGÍA sobre una presunta falta de culpabilidad por su parte no pueden tener favorable acogida y no tienen sustento alguno dado que están basadas exclusivamente en una falta de conocimiento que ella misma provoca al no ofrecer ni recabar la información de la consumidora en los términos que exige la normativa, lo que deriva única y exclusivamente de la acreditada infracción en la que está incurriendo la propia comercializadora.

Únicamente señala ENDESA ENERGÍA que en el contrato-tipo se indica que *“con la firma del presente contrato, se impide la aplicación del bono social”*. Pues bien, a juicio de esta Sala este inciso es claramente insuficiente para entender cumplido el deber de información a la consumidora de inaplicación del bono social, del mismo modo que tampoco puede entenderse sustitutivo de la específica renuncia de aplicación al bono social que determina la normativa, máxime tomando en consideración que en los documentos contractuales iniciales firmados por la consumidora no aparece tampoco esta información/renuncia de bono social. La insuficiencia e ineficacia de dicha inserción como única medida de protección queda inexorablemente patente con el propio hecho de que la consumidora 4 meses después vuelve a contratar con una comercializadora regulada y a acogerse al bono social.

En conclusión, queda acreditada la responsabilidad y culpabilidad que en el presente caso es imputable a ENDESA ENERGÍA como comercializadora entrante en la activación del contrato con pérdida de bono social sin haber dado cumplimiento a la exigencia de renuncia prevista en el artículo 5.5 del RD 897/1987. Esta afirmación no queda desvirtuada por las alegaciones de exoneración vertidas en el presente procedimiento por la propia empresa y que únicamente tienen como objetivo vaciar de contenido a la propia obligación (medida de protección informativa) fijada para los comercializadores entrantes justificando una actitud omisiva por su parte que es inaceptable en el marco jurídico obligacional que les ha sido impuesto por la normativa referenciada. Nuevamente cabe insistir que ni se trata de una obligación normativa cuya responsabilidad compete a terceros que no sean las propias comercializadoras entrantes (ENDESA ENERGÍA, en el presente caso) ni tampoco se trata de una obligación de imposible cumplimiento para estas comercializadoras, discusión ésta que en todo caso hubiera correspondido mantener en el seno de una impugnación judicial normativa que nunca tuvo lugar.

#### **Quinto. Sanción que se formula, aplicable a la infracción cometida**

El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por las infracciones graves; 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».*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida, se considera que en principio no concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía relevante del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.



Por otra parte, el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, establece que:

*Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.*

A la vista de los hechos probados y aun siendo relevante la negligencia culpable que concurre en este caso, es cierto que ni el grado de culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho –se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino que sólo se tiene constancia de un caso concreto advertido en un informe de supervisión y atendidas el resto de circunstancias concurrentes en el proceso de cambio - tienen la suficiente relevancia para justificar una sanción superior a los 600.000 euros sin incurrir en un evidente caso de desproporción. Por ello, se estima que concurren las circunstancias previstas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 y es posible aplicar la escala correspondiente a las infracciones leves con un máximo de 600.000 euros.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, se ha considerado innecesario incorporar al expediente una diligencia de las últimas cuentas anuales disponibles de la comercializadora, habida cuenta del importe de la multa puesto en relación con el importe neto anual de la cifra de negocios de ENDESA ENERGÍA.

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, en relación con los perjuicios sobre el suministro, grado de participación, intencionalidad, el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras- según se ha desarrollado en anteriores fundamentos- y en la comisión de la infracción en grado de negligencia, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en los Hechos Probados en atención a que la infracción se produjo por una falta de diligencia en la información suministrada en la modalidad de contratación presencial, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. por un importe de quince mil (15.000) euros.

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.U. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de las medidas de protección al consumidor.

**SEGUNDO.** — Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de quince mil (15.000) euros.

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.

## VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON CARLOS AGUILAR PAREDES A LA RESOLUCIÓN SNC/DE/022/22

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, formulo el presente voto particular disidente con la calificación de los hechos analizados contenida en la Resolución de la Sala.
2. Su objeto es poner de manifiesto que, siendo su voto concurrente en cuanto a la calificación de los actos como una infracción grave de la LSE, en opinión de este Consejero:
  - a) **Respecto a la rebaja del tipo infractor a efectos de la multa** no procede la modificación de la calificación de la infracción a leve a efectos de la imposición de la sanción, al no quedar acreditada en la resolución una cualificada disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad del hecho sancionado. Por consiguiente, la multa impuesta debería estar dentro del arco establecido por la LSE para las infracciones graves.
  - b) **Respecto a la calificación de la culpabilidad en términos de negligencia punible** existen elementos suficientes en el expediente para declarar el dolo en la actuación de ENDESA ENERGIA.

### Resumen de los hechos recogidos en el expediente.

3. En el marco del procedimiento de verificación del efectivo consentimiento al cambio de comercializador durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2019 y el 30 de junio de 2020 (IS/DE/020/20), la Dirección de energía detectó el cambio de comercialización de una cliente acogida al Bono Social por su condición de persona vulnerable severa de la COMERCIALIZADORA REGULADA, GAS & POWER, S.A a la comercializadora del mercado libre ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA ENERGÍA), en fecha 21 de noviembre de 2019,
4. Requerida ENDESA ENERGIA por la documentación referida a dicho cambio se constataron los hechos siguientes:
  - ENDESA ENERGÍA efectuó la contratación presencial a través de la fuerza de ventas (TASK FORCE).
  - El 15 de noviembre de 2019 la consumidora firmó el formulario de contratación de suministro junto a un contrato de mantenimiento.
  - La documentación firmada por la consumidora no incluye el documento individual e independiente de información en el que se le informe que la

suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no le resulte aplicable el bono social.

- ENDESA ENERGIA procedió el 29 de noviembre de 2019 a solicitar el cambio de compañía de la usuaria a la distribuidora mediante un formulario electrónico indicando en el campo correspondiente que dicho cambio no se efectuara si la usuaria estaba acogida al Bono Social.
- La distribuidora no tenía identificada a la usuaria como beneficiaria del Bono Social a fecha de solicitud del cambio por ENDESA ENERGIA.
- La distribuidora procedió a realizar el cambio de compañía de la usuaria.
- Cuatro meses después la usuaria volvió a acogerse al bono social, suscribiendo contrato esta vez con ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA.

### **Calificación de la infracción en el expediente.**

5. La resolución califica el hecho como típico refutando las alegaciones de la incoada al respecto, en los términos que se recogen a continuación.

*“[...]contrariamente a lo que sostiene ENDESA ENERGÍA, en el presente caso **sí existe una conducta típica** por parte de esta comercializadora en la medida que los hechos probados (existencia de una titular de CUPS que es consumidora vulnerable severa con aplicación del bono social por parte de la comercializadora regulada saliente y activación por parte de la comercializadora entrante sin haber cumplimentado su obligación de información en los términos previstos en el artículo 5.5, esto es, sin formalización del documento independiente de “renuncia”) determinan irrefutablemente la existencia de una conducta infractora prevista en el artículo 65.25 de la LSE al tratarse del incumplimiento de la obligación de una de las medidas de protección de las que son merecedores los consumidores vulnerables previstas en el artículo 46.1.j) de la LSE.”*

6. Refuta igualmente la resolución la pretendida ausencia de antijuridicidad alegada por la ENDESA ENERGIA al entender esta que no puede cumplir con la obligación legal de informa al usuario acogido al Bono Social si este no se identifica previamente como tal. Alega además que no tiene forma de saber si un nuevo usuario proveniente de una comercializadora regulada está acogido al Bono Social.

*“[...]ha de insistirse en la existencia de una conducta antijurídica por parte de ENDESA ENERGÍA en el presente caso, en la medida que su actuación en el caso analizado no resulta acorde con la medida de protección prevista en el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017, por cuanto el deber de información que le resulta exigible como comercializadora entrante no ha sido cumplimentado en los términos fijados por la normativa.”*

7. Para afirmar más adelante:

“Contrariamente a lo que parece sostener ENDESA, la medida de protección al consumidor vulnerable de información/renuncia al bono social impuesta por la normativa al comercializador entrante ni es de imposible cumplimiento ni la responsabilidad de este cumplimiento descansa en terceros ajenos al propio comercializador entrante.”

8. Comparte este Consejero la concurrencia de los principios de tipicidad y antijuridicidad de la infracción en los términos recogidos por la resolución, siendo ambas inequívocas a la vista de los hechos probados.
9. En referencia a la culpabilidad de ENDESA ENERGIA en la comisión de la infracción la resolución resulta igualmente inequívoca:

“En definitiva, esta Sala comparte la consideración realizada por la instrucción en su propuesta relativa a la inexistencia de un control previo eficaz y que, en todo caso, no alcanza – como la propia comercializadora reconoce – a la obtención del preceptivo documento expreso de renuncia a la aplicación del bono social en el caso imputado a ENDESA ENERGÍA, constituyendo ello una negligencia punible en este procedimiento.

La admisibilidad de lo contrario llevaría a entender que los comercializadores entrantes no tienen en la práctica realmente obligación de llevar a término medida de protección alguna, lo cual resulta de todo punto incompatible con las concretas obligaciones que la normativa les exige y con la merecida protección que los consumidores domésticos de electricidad y gas han de tener, especialmente en un contexto de vulnerabilidad. “

10. La resolución es por consiguiente categórica al señalar, tras así argumentarlo y sostenerlo en base a los hechos probados, la antijuridicidad y la culpabilidad de ENDESA ENERGIA.
11. Por ello en su resolución primero declara a la empresa ENDESA ENERGÍA, S.A. responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con las medidas de protección de los consumidores.

#### **A. Respecto a la rebaja del tipo infractor a efectos de la multa.**

12. El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por las infracciones graves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.
13. La resolución concluye que teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida, se considera que en principio no concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del

comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía relevante del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.

14. A continuación, refiere la resolución el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, según el cual si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, [...] que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.
15. Tras enunciar el precepto legal de este apartado del artículo 67 la resolución concluye que:

*“A la vista de los hechos probados y aun siendo relevante la negligencia culpable que concurre en este caso, es cierto que ni el grado de culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho –se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino que sólo se tiene constancia de un caso concreto advertido en un informe de supervisión y atendidas el resto de circunstancias concurrentes en el proceso de cambio - tienen la suficiente relevancia para justificar una sanción superior a los 600.000 euros sin incurrir en un evidente caso de desproporción. Por ello, se estima que concurren las circunstancias previstas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 y es posible aplicar la escala correspondiente a las infracciones leves con un máximo de 600.000 euros.”*
16. A juicio de este Consejero no es asumible este extremo por diferentes motivos.
17. En primer lugar, no analiza la resolución cuales son elementos acreditados que le llevan a concluir que existe una cualificada disminución de la culpabilidad o la antijuridicidad de la infracción. La alusión genérica al redactado del artículo 63.7 no exime a la Sala de la obligación de acreditar a que elementos concretos se refiere, ni a efectuar el análisis de estos en virtud de su afectación a la culpabilidad o a la antijuridicidad para concluir una cualificada disminución de ambos elementos o de alguno de ellos.
18. No resulta por tanto acorde al procedimiento administrativo que la sala no explicita si la disminución cualificada recae en circunstancias que afectan a la culpabilidad o a la tipicidad de la infracción declarada. Este extremo debería discutirse en profundidad, especialmente cuando son rechazados en el cuerpo de la resolución todos argumentos respecto a la falta de culpabilidad o falta de concurrencia del principio de tipicidad de la infracción.
19. En segundo lugar, dado que no se identifican en la resolución la concurrencia de elementos mitigantes de la culpabilidad o la antijuridicidad del hecho



sancionado. El único argumento sobre el que se sustentaría esta afirmación sería el explicitado en el párrafo que la contine. Esto es:

*“[...]se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino que sólo se tiene constancia de un caso concreto advertido en un informe de supervisión y atendidas el resto de circunstancias concurrentes en el proceso de cambio”*

20. La limitación del daño causado no supone en ningún caso casusa de disminución de la culpabilidad, ni evidentemente de la antijuridicidad del hecho sancionado. La importancia del daño o deterioro causado son elementos moduladores de la cuantía de la sanción, pero no son un elemento que en virtud del artículo 67 de la LSE permita modular el tipo de la sanción para modificarla de infracción grave a leve a efectos de la cuantía de esta. Asumir este extremo supone pervertir los elementos que determinan el tipo infractor para circunvalarlos atendiendo a los elementos que modulan la sanción que el tipo conlleva.
21. Del mismo modo la detención de la infracción durante un procedimiento de oficio de supervisión del órgano competente para realizarla no puede suponer una eximente, al contrario, permite aflorar un comportamiento que es probable no haya sido aislado y debería llevar a la autoridad supervisora a analizar las implicaciones del comportamiento detectado.
22. Finalmente hace la resolución alusión a *“el resto de circunstancias concurrentes en el proceso de cambio”* de nuevo sin hacer referencia a ninguna circunstancia en particular, dejando pues a interpretación de las partes cuales son y por qué motivo, las circunstancias llevan a la Sala a concluir que concurre una disminución cualificada de la culpabilidad o la antijuridicidad de la infracción.
23. En conclusión, la resolución no realiza el imprescindible ejercicio de acreditación de las circunstancias que le llevarían a concluir una disminución cualificada de la culpabilidad o la antijuridicidad de la infracción.
24. Por ello, a juicio de este consejero no es posible con los datos obrantes en el expediente determinar esa cualificada disminución dada la acreditación de la infracción grave y la inexistencia de causas que llevarían a esta disminución cualificada. En consecuencia, la sanción impuesta debería establecerse dentro del rango sancionador estipulado por la LSE para las infracciones graves, esto es una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 de euros sin superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

## **B. Respecto a la culpabilidad en términos de negligencia punible.**

25. La resolución declara a ENDESA ENERGIA culpable calificando su actuación de negligencia punible.

26. Esta consideración no recoge a juicio de este Consejero el alcance de la actuación del ENDESA ENERGIA en el proceso que le llevo a captar un cliente suscrito al Bono Social y efectuó su cambio al mercado libre sin cumplir con los requisitos de protección de los consumidores vulnerables que le impone la ley.
27. Establece la resolución que a la inexistencia de un control previo eficaz y que, en todo caso, no alcanza – como la propia comercializadora reconoce – a la obtención del preceptivo documento expreso de renuncia a la aplicación del bono social en el caso imputado a ENDESA ENERGÍA, constituyen una negligencia punible en este procedimiento.
28. A juicio de este Consejero, el establecimiento de un punto presencial de captación de clientes sin proporcionar al personal encargado de la captación el protocolo y la documentación necesarias para cumplir con las obligaciones que el Real decreto de protección de consumidores vulnerables exige a la comercializadora entrante debe ser entendido como el incumplimiento consciente de una obligación legal.
29. Por tanto, ENDESA ENERGIA es responsable de realizar un proceso de captación de clientes que omite expresamente la obtención de información necesaria para comunicar a los posibles consumidores vulnerables sus derechos y las implicaciones que tiene el cambio al mercado libre.
30. Resulta innegable que a fecha de los hechos sancionados la comercializadora era perfectamente conocedora de sus obligaciones. No puede entenderse por tanto esa omisión como un mero descuido o una mala interpretación de la norma, sino que solo puede tener como objetivo la captación del mayor número de clientes posibles aún a riesgo de no cumplir con la obligación que la ley de confiere de informar a los consumidores vulnerables de las implicaciones del cambio de compañía.
31. No cabe admitir tampoco a modo de cumplimiento de una obligación de informar al consumidor vulnerable de sus derechos, la posterior comunicación de cambio de comercializadora realizada a la distribuidora.
32. ENDESA ENERGIA solicitó a la distribuidora el cambio de compañía comercializadora de la usuaria después de haber recogido su firma del nuevo contrato en el mercado libre, pero no la renuncia de su derecho al bono social, indicando en el formulario telemático que no se realizara si era beneficiaria del bono social.
33. Admitir que esta comunicación a la distribuidora es suficiente para cumplir con el rol que la ley le otorga como transmisora de la información a los consumidores vulnerables supondría depositar en las distribuidoras y en el procedimiento de

comunicación de cambio del cliente de comercializadora la responsabilidad de identificar al cliente vulnerable Pero sobre todo, supondría admitir como aceptable solicitar la renuncia del derecho Bono Social después de que este haya suscrito un contrato en el mercado libre sin haber sido informado adecuadamente de sus derechos por el sujeto que así debía haberlo hecho.

34. Es independiente de la información que conste en la distribuidora la obligación legal de la comercializadora entrante de informar a los clientes vulnerables antes de suscribir estos su cambio al mercado libre. La obligación de información no está establecida por el Decreto 897/2017 antes de que el cambio de compañía se haga efectivo, sino antes de que el consumidor suscriba su contrato con la compañía entrante.
35. El objetivo declarado, y la literalidad, del Real Decreto de protección del consumidor vulnerable imponen que cuando así lo desee, es consumidor vulnerable firme un documento independiente acreditativo de que ha recibido la información y renuncia expresamente a su derecho al Bono Social antes de suscribir el nuevo contrato. Este documento es la garantía de que ha recibido la información que la ley obliga a presentar de forma clara y separada a la comercializadora entrante para que el consumidor vulnerable suscriba su contrato en el mercado libre tras haber sido plenamente consciente de las implicaciones de su acción.
36. Cabe a mayor abundamiento para cumplir su deber de informar la posibilidad de presentar a todos los clientes potenciales el anexo VII del RDL 897/2017. Este está redactado en términos potenciales, sin que para su firma de renuncia sea necesario que el sujeto este acogido al Bono social, ni tenga implicación alguna para los consumidores que deseen acogerse a un contrato en el mercado libre constatar que están correctamente informados y en su caso, renuncian de forma consciente y voluntaria de ser acreedores de dicha prerrogativa en caso de poder optar a ella.
37. Es decir, entre la multitud de protocolos que ENDESA ENERGIA puede aplicar para cumplir con su obligación legal de informar previa la suscripción del contrato opta por omitirlas todas. Omite cualquier opción de verificación previa a la firma del contrato sobre la condición de los consumidores como vulnerables y deposita en el distribuidor la responsabilidad de identificarlos impidiendo que los contratos suscritos sin la correspondiente renuncia generen el cambio de compañía del cliente vulnerable.
38. El presente sancionador es el ejemplo paradigmático de la ineficacia de dicho comportamiento, y de cómo además de ser susceptible de calificado como infractor, no supone garantía alguna de que la comercializadora entrante cumplirá su obligación de información para con el consumidor vulnerable.

39. Por todo ello, el proceso de captación presencial de clientes que llevó al cambio de una consumidora vulnerable severa del Bono Social al mercado libre sin que fuera informada de sus derechos y firmara el documento independiente preceptivo de información y renuncia a ellos, debe calificarse como un acto consiente y deliberado de omisión de la propia responsabilidad. El objetivo de éste fue la captación del mayor número de clientes posible omitiendo para ello informar a los posibles consumidores vulnerables de las implicaciones de su cambio al mercado libre. Esta omisión consciente del deber de informar incluía la presunción de que no podría ser detectada en un análisis posterior al prever ENDESA ENERGIA que, en el obligado proceso de solicitud de cambio de compañía a la distribuidora, ésta lo impediría.
40. Todo ello lleva a concluir ENDESA ENERGIA captó y realizó el cambio al mercado libre de energía eléctrica de una consumidora vulnerable omitiendo de forma consciente su obligación legal de informar de forma clara y separada de las implicaciones de su renuncia al Bono Social pues lo hizo aplicando un protocolo de actuación cuyo diseño impide expresamente cumplir con dicha obligación. Por todo ello, el comportamiento de ENDESA ENERGIA sancionado como grave por la infracción solo cabe ser considerado como doloso al ser consecuencia de un incumplimiento consciente de su obligación legal.

A tal efecto emito mi voto particular.