

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 4 DE JUNIO DE 2018 A ENDESA ENERGÍA, S.A. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

SNC/DE/046/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 13 de febrero de 2019

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Actuaciones previas de la CNMC

El 15 de diciembre de 2016, Don [...] presentó una reclamación contra ENDESA ENERGÍA, S.A. ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, que dio lugar al expediente de su referencia DE 2016/399.

En síntesis, la reclamación puso de manifiesto que el denunciante es el nuevo propietario de un edificio de dos plantas sito en la calle [...] de Las Palmas de Gran Canaria, adquirido por herencia de su madre Doña [...], fallecida el 18 de abril de 2016. Dicho edificio consta de dos locales en planta baja y vivienda en planta alta. A fecha de fallecimiento de la entonces propietaria, tenía suscritos tres contratos de suministro eléctrico con la comercializadora ENDESA ENERGÍA XXI, S.L. desde el 2 de mayo de 2012, tipo de contrato PVPC sin

discriminación horaria. En fecha 9 de septiembre de 2016, ENDESA ENERGÍA, S.A. envió tres cartas a nombre de la anterior propietaria, ya fallecida, dándole la bienvenida como nuevo cliente de esa empresa en relación con los suministros de energía eléctrica a los tres inmuebles referidos, con el siguiente detalle de dirección y CUPS correspondiente:

INMUEBLE	CUPS
[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]

SEGUNDO. Alegaciones de ENDESA ante el Gobierno de Canarias

Con fecha 22 de marzo de 2017, ENDESA ENERGÍA, S.A. presentó escrito de alegaciones ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, en el marco del procedimiento de su referencia DE 2016/399, seguido por la reclamación antes expuesta.

En dicho escrito de alegaciones, ENDESA ENERGÍA, S.A. manifiesta que «tras análisis de esta reclamación, comprobamos que los citados contratos no se gestionaron de forma correcta debido a una incidencia administrativa, motivo por el cual fueron rescindidos con fechas 06/03/2017, 14/02/2017 y 06/03/2017, respectivamente, devolviendo los puntos de suministro con CUPS [...] a su anterior comercializadora. Al no disponer de copia de los contratos citados anteriormente, lamentamos no poder facilitárselos».

TERCERO. Remisión de información por el Gobierno de Canarias

Como consecuencia de dicha reclamación y otras similares, el Servicio de Instalaciones Energéticas de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias emitió un informe de fecha 5 de junio de 2017, sobre prácticas abusivas de comercializadoras eléctricas de mercado libre en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma. Dicho informe fue remitido a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) mediante oficio de 20 de junio de 2017, adjuntando entre otros el expediente individual DE 16/399, interesando las actuaciones de esta Comisión en el marco de sus competencias.

CUARTO. Actuaciones previas de la CNMC

Una vez llevadas a cabo las actuaciones previas correspondientes, el 20 de diciembre de 2017 la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la CNMC emitió una nota interior en la que consta que:

- Habiendo consultado ENDESA ENERGÍA, S.A. sus sistemas comerciales con los datos facilitados por la CNMC respecto del suministro de los tres inmuebles con los CUPS ya referidos, no fue posible localizar los documentos que dieron lugar a la entrada en vigor de los siguientes contratos a nombre de Doña [...], con DNI [...] con fecha 05/09/2016:
 - o Contrato de suministro eléctrico nº [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico [...].
 - o Contrato de suministro eléctrico nº [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico [...].
 - o Contrato de suministro eléctrico nº [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico [...].

- Habiendo manifestado el Sr. [...], quien se identificó como hijo de la titular, su disconformidad con la contratación, durante la gestión de la reclamación presentada, se procedieron a anular las facturas emitidas, estando el contrato nº [...], el contrato nº [...] y el contrato nº [...], de baja con fechas 14/02/2017, 06/03/2017 y 06/03/2017 respectivamente.

- En fecha 06/02/2017, ENDESA ENERGÍA, S.A. recibió escrito de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias trasladando la disconformidad en la contratación, abriéndose nueva reclamación por no conformidad con la venta. ENDESA ENERGÍA, S.A. informa que anuló las facturas y que está pendiente de las cantidades a devolver.

QUINTO. Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 4 de junio de 2018 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley 3/2013) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC - aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto-, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA ENERGIA, S.A. por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Según el acuerdo, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la activación por ENDESA ENERGÍA, S.A. de tres contratos de suministro sin consentimiento del titular, referida a los anteriormente citados CUPS [...].

Esta conducta, sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción, se consideró en el acuerdo de incoación como una presunta comisión de tres infracciones leves establecidas en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico, «El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes».

El acuerdo de incoación fue notificado el 11 de junio de 2018 a ENDESA ENERGÍA, S.A., la cual, mediante escrito de 12 de junio, solicitó ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue concedida en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEXTO. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. al acuerdo de incoación

Con fecha 2 de julio de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA ENERGIA, S.A. en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- En relación con los hechos, alega que «habiendo consultado nuestros sistemas comerciales con los datos facilitados, no ha sido posible localizar los contratos que dieron lugar a la entrada en vigor del contrato de luz nº [...] CUPS eléctrico [...], contrato de luz nº [...] CUPS eléctrico [...] y contrato de luz nº [...] CUPS eléctrico [...] [sic], en fecha 05/09/2016 a nombre de Dña. [...], con DNI [...]». Añade que «toda vez que esta parte no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto a la citada contratación, tan pronto recibió la reclamación por parte del reclamante procedió a adoptar las medidas oportunas con objeto de evitar un posible perjuicio para el mismo, anulándose las facturas emitidas en ejecución de los referidos contratos y procediéndose a la baja de cada uno de ellos –con fecha 14/02/2017, 06/03/2017 y 02/03/2017 respectivamente-, de manera voluntaria y, en todo caso, con anterioridad al inicio del presente procedimiento sancionador».
- Sobre la «vulneración del principio básico de culpabilidad», alega que «ningún tipo de perjuicio se le ha ocasionado al reclamante, no habiéndose obtenido tampoco por mi representado beneficio alguno. [...] Endesa Energía ha llevado a cabo de forma inmediata las actuaciones necesarias para solucionar la situación, corrigiéndola y atendiendo la reclamación del Sr. [...] en todo caso, con anterioridad al inicio del presente procedimiento.

Con ello, hemos de poner de manifiesto que no concurre en el presente supuesto el requisito de la culpabilidad de las infracciones administrativas». Al respecto argumenta que «la culpabilidad implica así la existencia de intencionalidad (dolo) en la comisión de la infracción».

ENDESA ENERGÍA, S.A. concluye su escrito de alegaciones solicitando el archivo del procedimiento «sobre la base de la ausencia de indicios de haber llevado a cabo mi representada cualquier tipo de conducta constitutiva de infracción administrativa».

SÉPTIMO. Propuesta de resolución

Con fecha 4 de septiembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso que se impusiese a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción agregada de 90.000 euros por las 3 infracciones leves que se consideraron cometidas, en los siguientes términos:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Director de Energía de la CNMC

ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. Declare que la empresa ENDESA ENERGIA, S.A. es responsable de la comisión de tres infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes.

SEGUNDO. Imponga a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de treinta mil (30.000) euros por cada una de las tres infracciones leves cometidas, de modo que el importe agregado de las tres sanciones propuestas asciende a la cantidad de noventa mil (90.000) euros.

La propuesta de resolución se notificó a la interesada con fecha 21 de septiembre de 2018 (folio 90).

Asimismo, se comunicó a la interesada que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC, disponía de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes; y a su vez, se informó de lo previsto por el artículo 85 de la misma Ley (folios 85 a 87).

OCTAVO. Alegaciones de la interesada en el trámite de audiencia

Por escrito de 11 de octubre de 2018 ENDESA ENERGÍA, S.A. efectuó alegaciones a la propuesta de resolución del Director de Energía en las que, en síntesis, alegó:

- Que, con carácter general, aunque «esta parte no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento del consentimiento inequívoco respecto de la contratación [...] procedió a adoptar, con carácter anterior al inicio del presente sancionador las medidas oportunas con objeto de evitar cualquier tipo de perjuicio económico para el mismo, anulándose las facturas emitidas en ejecución de los referidos contratos y procediéndose a la baja de cada uno de ellos». Como documento adjunto 1 a su escrito, la empresa acompañó un correo electrónico del particular fechado el 11 de octubre de 2018, por el que se facilita un número de cuenta en el que realizar la devolución del importe de la única factura emitida, en contestación a un correo de ENDESA del día anterior. Asimismo, el escrito de alegaciones inserta una captura de pantalla de los sistemas informáticos de la empresa que acredita la devolución del importe de dicha única factura.
- Que se da en este caso una ausencia de culpabilidad que supone que «no procede sanción alguna a la vista del cumplimiento del deber de diligencia con que Endesa actuó ante la reclamación presentada por el Sr. [...], evitando cualquier posible perjuicio sobre los reales intereses del cliente».
- Que existe vulneración del principio de non bis in ídem en tanto «se propone sancionar hasta 3 veces una única conducta (supuesta activación sin consentimiento en fecha 05/09/2016 de tres contratos a nombre de un mismo titular). Añade que lo anterior «se trataría de una única conducta que podría, en su caso, ser sancionada únicamente como una infracción». Además, se estaría sancionando con un importe idéntico (30.000 euros) conductas con circunstancias distintas. Existe non bis in ídem en tanto dicho principio «prohíbe por tanto imponer varias sanciones –ya sean penales o administrativas, o varias administrativas- cuando concurren identidad de sujeto, infractor hecho y fundamento de las mismas». Se daría en este caso la triple identidad objetiva («mismo hecho: activación en fecha 05/09/2016 de 3 contratos para el mismo titular sin presuntamente el consentimiento de su titular»), subjetiva y causal.
- Que se vulnera, asimismo, el principio de proporcionalidad. Señala que «refiere el Fundamento de Derecho V de la Propuesta de Resolución para la graduación de las mismas a la falta de reintegro al reclamante del importe de la única factura cobrada por importe de 60.07 € la cual, sin embargo, es referida a uno sólo de los tres contratos (en concreto al nº [...]) objeto de reclamación. Añade que la demora se debió a la ausencia de respuesta por parte del reclamante a la solicitud de información realizada por la mercantil. Concluye que sancionar con un mismo importe presuntas infracciones

respecto a las que concurrirían circunstancias distintas, sería una muestra más de la vulneración del principio de proporcionalidad.

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

Por medio de escrito de 16 de octubre de 2018, el Director de Energía de la CNMC remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de Resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 105).

DÉCIMO. Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO. ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 5 de septiembre de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D^a. [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] de Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento.

Este hecho se considera probado por los siguientes argumentos:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha manifestado que no ha sido posible localizar la documentación acreditativa de la contratación realizada (folios 17 y 66 del expediente).
2. El contenido de la denuncia presentada por D. [...] ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual manifiesta que su madre Doña [...] falleció el día 18 de abril de 2016 (folio 1 del expediente), aportando al efecto copia de una nota simple del Registro de la Propiedad nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que consta referencia de escritura pública de herencia autorizada notarialmente en fecha 7 de julio de 2016.

3. La carta comercial de bienvenida de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 6 de septiembre de 2016, dirigida a Doña [...] (folio 12 del expediente).

SEGUNDO. ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 5 de septiembre de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D^a. [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] de Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento.

Este hecho se considera probado por los siguientes argumentos:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha manifestado que no ha sido posible localizar la documentación acreditativa de la contratación realizada (folios 17 y 66 del expediente).
2. El contenido de la denuncia presentada por D. [...] ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual manifiesta que su madre Doña [...] falleció el día 18 de abril de 2016 (folio 1 del expediente), aportando al efecto copia de una nota simple del Registro de la Propiedad nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que consta referencia de escritura pública de herencia autorizada notarialmente en fecha 7 de julio de 2016.
3. La carta comercial de bienvenida de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 6 de septiembre de 2016, dirigida a Doña [...] (folio 14 del expediente).

TERCERO. ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta en fecha 5 de septiembre de 2016 el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D^a. [...] para la dirección de suministro sita en calle [...] de Las Palmas de Gran Canaria, CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento.

Este hecho se considera probado por los siguientes argumentos:

1. ENDESA ENERGÍA, S.A. ha manifestado que no ha sido posible localizar la documentación acreditativa de la contratación realizada (folios 17 y 66 del expediente).
2. El contenido de la denuncia presentada por D. [...] ante la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual manifiesta que su madre Doña [...] falleció el día 18 de abril de 2016 (folio 1 del expediente), aportando al efecto copia de una nota simple del Registro de la Propiedad nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que consta referencia de escritura pública de herencia autorizada notarialmente en fecha 7 de julio de 2016.
3. La carta comercial de bienvenida de ENDESA ENERGÍA, S.A. de fecha 9 de septiembre de 2016, dirigida a Doña [...] (folio 6 del expediente).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y legislación aplicable

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley del Sector Eléctrico, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 66. 1.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título X de la Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley 24/2013 dispone un plazo de nueve meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO. Contestación a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A.

ENDESA ENERGÍA ha efectuado las siguientes alegaciones durante la tramitación del procedimiento: 1) con carácter general, la improcedencia de sanción al haber actuado de forma diligente en cuanto recibió la denuncia; 2) la ausencia de culpabilidad; 3) la vulneración del principio de non bis in ídem; y 4) la infracción del principio de proporcionalidad. Se contestan dichas alegaciones en el orden anterior:

1) Sobre la supuesta diligencia de la infractora

En el escrito de alegaciones presentado con ocasión del trámite de audiencia, ENDESA ENERGÍA, S.A., si bien reconoció que no disponía de documentación

que acreditase el otorgamiento de consentimiento, dijo haber adoptado las medidas oportunas con objeto de evitar perjuicio económico al cliente, procediendo a la devolución del importe de la única factura emitida cuando se le facilitó el oportuno número de cuenta bancaria.

No cabe aceptar tal supuesta diligencia de la empresa. Las infracciones se cometieron de forma incontrovertida. La propia empresa ha reconocido de forma reiterada, y por última vez en su escrito de 11 de octubre de 2018, que «no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto de la contratación del suministro eléctrico», para los CUPS objeto del procedimiento sancionador. A ello se une la denuncia y la carta de bienvenida que figuran mencionadas en los antecedentes e incluidas en los hechos probados.

Cuestión distinta es que la empresa pueda haber adoptado medidas para evitar en la medida de lo posible los efectos económicos de las infracciones, lo cual, sin perjuicio de que pueda tenerse en consideración al fijar el importe de la sanción, no basta para cuestionar la existencia de las mismas.

2) Sobre la supuesta ausencia de culpabilidad

Con argumentos similares a los recién expuestos, ENDESA ENERGÍA, S.A. manifiesta que no concurre culpabilidad en su actuación.

La alegación no puede atenderse. Sin perjuicio de lo que se comentará en el apartado específico sobre la culpabilidad de la infractora, cabe adelantar los siguientes razonamientos:

El derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44 c de la Ley del Sector Eléctrico) cuenta con la correlativa obligación del comercializador de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada. En este caso, consta probado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de Doña [...] sin su consentimiento.

La culpabilidad de ENDESA ENERGÍA, S.A. en la comisión de las tres infracciones deriva de su actuación negligentemente culpable, al no haber observado la diligencia exigible a una empresa comercializadora en orden a garantizar que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento mediante la suscripción del correspondiente contrato, contando para ello en todo momento con una información clara y transparente sobre la contratación realizada.

La posterior subsanación de las consecuencias derivadas de la activación de los tres contratos de suministro sin consentimiento de su titular, viene

precisamente a reflejar el reconocimiento de su actuación culpable por negligencia, y no la inexistencia de culpabilidad.

Por tanto, debe desestimarse la alegación de ENDESA ENERGÍA, S.A. relativa a la supuesta falta de culpabilidad.

3) Sobre el principio non bis in idem

En el escrito que presentó en el trámite de audiencia, ENDESA ENERGÍA, S.A. alegó la vulneración del principio de non bis in ídem en tanto «se propone sancionar hasta 3 veces una única conducta», que sería la consistente en la «supuesta activación sin consentimiento en fecha 05/09/2016 de tres contratos a nombre de un mismo titular».

La alegación no puede acogerse, pues no se da en este caso la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que permitiría apreciar la existencia de duplicidad sancionadora.

En particular, ENDESA considera que existe identidad objetiva (mismos hechos), con el razonamiento de que concurre un «mismo hecho», consistente en la «activación en fecha 05/09/2016 de 3 contratos para el mismo titular sin presuntamente el consentimiento de su titular».

No cabe considerar que el traspaso del cliente sin su consentimiento en tres contratos de suministro diferentes constituya un hecho único.

Se dan en este caso tres infracciones, una por cada uno de los contratos en los que tuvo lugar el cambio de suministrador sin el debido consentimiento. Resulta obvio que no merece el mismo reproche sancionador el traspaso inconsentido en una contratación que en tres contratos distintos. Y ello con independencia de que la activación del cambio pudiese haberse efectuado para los tres contratos en la misma fecha, cuestión que resulta irrelevante a estos efectos.

En conclusión, la existencia de tres conductas distintas, una por cada uno de los contratos en los que tuvo lugar el cambio de suministrador sin el debido consentimiento, determina que no exista identidad objetiva en este caso, debiendo desestimarse la alegación sobre la supuesta existencia de bis in ídem.

4) Sobre el principio de proporcionalidad

Finalmente, ENDESA ENERGÍA considera vulnerado el principio de proporcionalidad en la medida en que se sanciona con un mismo importe presuntas infracciones respecto a las que concurrirían circunstancias distintas, siendo dicho importe excesivo.

La propuesta de resolución razonó adecuadamente la proporcionalidad de la sanción impuesta de forma agregada para las tres infracciones cometidas.

Dicha propuesta señaló que debía tenerse en cuenta el retraso de más de un año y nueve meses desde el alta de los contratos para efectuar la devolución del importe de la factura cobrada (folio 66). No obstante, también se tomó en consideración «que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de baja los contratos en cuestión y a anular el resto de facturas no cobradas, una vez tuvo conocimiento de la reclamación presentada».

Alega ENDESA que la conducta difiere con relación a las tres infracciones cometidas, pues en una de ellas estaba pendiente la devolución de unos importes (60,07 euros), circunstancia que no concurría en las restantes, de modo que no debieron sancionarse con la misma cantidad.

No debe estimarse dicha alegación de ENDESA. Tal como razonó la propuesta de resolución, las infracciones cometidas en el presente expediente han sido probadas en vista de las declaraciones de la propia imputada al manifestar que «no dispone de documentación que pueda acreditar el otorgamiento de consentimiento inequívoco respecto a la contratación de suministro eléctrico» (folio 92). Asimismo, obra en autos la denuncia del particular por cambio de suministrador sin consentimiento que dio lugar a la apertura del correspondiente expediente y del procedimiento sancionador aquí sustanciado. La rectificación de ENDESA en cada uno de los tres contratos acredita asimismo la existencia de infracción.

La sanción prevista para las infracciones leves puede llegar hasta los 600.000 euros. El instructor, de forma manifiestamente proporcionada, propuso imponer una sanción de 30.000 euros por cada infracción, lo que supone un 5% del importe máximo permitido. No cabe mayor contención por parte de la propuesta. Si a ello se añade que, de modo notorio, el volumen de negocio de la infractora supera los 12.000 millones de euros, puede entenderse no solo la proporcionalidad y carácter mínimo de las sanciones, anecdótico con relación a su capacidad económica, sino también la irrelevancia, a tales efectos, de hacer distinciones debido a la devolución tardía del importe de una factura emitida en uno de los contratos. Este último retraso en la devolución de importes solo podría, a lo sumo, haber supuesto un mayor importe de la sanción para el caso del contrato afectado.

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 con los clientes».

Es indudable que la primera y principal exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor, sin vicio alguno de su voluntad; exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente.

Efectivamente, el artículo 46 de la Ley del Sector Eléctrico establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado 1 letra g) la de «Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación».

La mención por la Ley 24/2013 de la obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores, pone de manifiesto que es la comercializadora la titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto, corresponde a la empresa comprobar la identidad y la voluntaria, correcta e informada prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro.

En el presente caso, corresponde a ENDESA ENERGÍA, S.A. la obligación de ofrecer al consumidor contratante una información veraz, clara y transparente que le permita en todo momento ser consciente de la empresa del grupo con la cual contrata. Ello, con expresión también veraz y transparente de las consecuencias inherentes, en el sentido de informar al cliente con toda claridad de la extinción del contrato preexistente –con el correspondiente precio de suministro que viniera siendo aplicado- y del nacimiento de un nuevo contrato con una compañía comercializadora distinta. Todo ello, plasmado en el correspondiente contrato, comprensivo del contenido exigido legalmente, cuya existencia documental no ha aportado ENDESA ENERGÍA, S.A.

En los hechos probados consta acreditado que ENDESA ENERGIA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico sin consentimiento de la persona titular.

La falta de consentimiento del titular de los contratos preexistentes para el cambio de empresa comercializadora mediante la suscripción de tres nuevos contratos de suministro, supone un manifiesto incumplimiento por parte de ENDESA ENERGÍA, S.A. de los requisitos de contratación, concurriendo el tipo infractor establecido en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013.

TERCERO. Culpabilidad

a) Consideraciones generales

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

pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual «la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable» (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

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

Tal como se razonó en el fundamento de derecho segundo, al contestar las alegaciones de ENDESA relativas a la supuesta ausencia de requisito subjetivo de la infracción, debe señalarse que, entre las obligaciones de los comercializadores, figura la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador. Dicha obligación, correlativa a tal derecho del consumidor, supone asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada.

Ello comporta la necesidad de ofrecer al consumidor contratante una información veraz, clara y transparente que le permita en todo momento ser consciente de la empresa del grupo con la cual contrata, incluida la extinción de los contratos preexistentes con otra empresa comercializadora de último recurso a precio PVPC (folio 7 del expediente) y correspondiente nueva contratación con una empresa comercializadora distinta, con precios y servicios diferentes.

En el presente caso, consta probado que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de alta tres contratos de suministro eléctrico titularidad de Doña [...] sin su consentimiento.

Por las razones ya expresadas, no pueden aceptarse las alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A. acerca de una supuesta falta de culpabilidad. La culpabilidad de la empresa en la comisión de las tres infracciones deriva de su actuación negligentemente culpable, al no haber observado la diligencia exigible a una empresa comercializadora en orden a garantizar que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento mediante la suscripción del correspondiente contrato, contando para ello en todo momento con una información clara y transparente sobre la contratación realizada.

La actuación posterior de subsanación de las consecuencias derivadas de la activación de los tres contratos de suministro sin consentimiento de su titular, confirma el reconocimiento de su actuación culpable por negligencia y no la inexistencia de tal culpabilidad, como pretende esa comercializadora.

Por tanto, debe concluirse que en el presente caso concurre una culpabilidad a título de negligencia, al no haberse observado la mínima diligencia exigible en orden a obtener y comprobar el otorgamiento del debido consentimiento por parte del consumidor titular de los tres contratos de suministro.

CUARTO. Sanciones aplicables a las infracciones leves cometidas

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.

No concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.

En el presente caso ha de tomarse en consideración que, según consta en el expediente, en julio de 2018, transcurridos más de un año y nueve meses desde el alta de los contratos, persistía la falta de devolución del importe de una factura indebida (folio 66). El pago no tuvo lugar hasta el 11 de octubre pasado (según escrito de ENDESA ENERGÍA de esa misma fecha, 11 de octubre), dos años después del alta. No son de recibo las alegaciones de ENDESA sobre la posible responsabilidad del afectado en el retraso, al no haber facilitado el oportuno número de cuenta. Ello no justifica suficientemente la tardanza. Sin perjuicio de la posible solicitud de información por parte de ENDESA en marzo de 2017 (folio 17), mediante una carta cuya recepción por el interesado no consta, obra en el expediente que el afectado facilitó un número de cuenta en un correo electrónico de 11 de octubre de 2018, respondiendo de modo casi inmediato a un correo electrónico de ENDESA del día anterior (10 de octubre de 2018).

Ha de reiterarse que ENDESA ENERGÍA, S.A. no dispone de documentación acreditativa de la contratación realizada, por lo que una actuación plenamente diligente y proactiva ante la reclamación presentada habría determinado la devolución del importe cobrado, derivado de la factura de un contrato obtenido sin consentimiento del titular, de manera inmediata.

Ello no obstante, también se toma en consideración que ENDESA ENERGÍA, S.A. procedió a dar de baja los contratos en cuestión y a anular el resto de facturas no cobradas, una vez tuvo conocimiento de la reclamación presentada.

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de las infracciones por una culpa

negligente pero no dolosa de la infractora, se impone una multa de treinta mil (30.000) euros por cada una de las infracciones cometidas, al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ENDESA ENERGIA, S.A. es responsable de la comisión de tres infracciones leves, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes.

SEGUNDO. Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de treinta mil (30.000) euros por cada una de las tres infracciones leves cometidas, de modo que el importe agregado de las tres sanciones asciende a la cantidad de noventa mil (90.000) euros.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.