

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

(SNC/DE/078/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

Secretaria

D^a M^a Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 27 de abril de 2023

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

I. ANTECEDENTES

Primero. Escrito de denuncia.

Con fecha 7 de enero de 2021 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una denuncia de la comunidad de propietarios del edificio sito en la [CONFIDENCIAL] de Madrid frente a la comercializadora ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA) en el que se ponía de manifiesto lo siguiente:

- Desde el domingo 27 de diciembre de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2020 se produjo el corte de suministro de energía eléctrica en las zonas comunes de la comunidad del edificio.
- Tras ponerse en contacto con la compañía, se les informa que la baja se ha llevado a cabo el sábado 26 de diciembre de 2020 a solicitud de un

particular, D. [CONFIDENCIAL] titular del contrato, que resulta ser el inquilino del local 01 del edificio.

- En vez de cambiar el suministro del local 01 del edificio, ENDESA ha cambiado el suministro relativo al CUPS de la comunidad del edificio. A fecha del escrito de denuncia, el suministro de la comunidad del edificio se encuentra en “*solicitud de baja*” y con la luz cortada. Asimismo, rechazan dar de alta el suministro y tampoco rectifican la solicitud de baja.

Segundo. Actuaciones previas

A la vista de la denuncia recibida sobre la presunta práctica irregular de ENDESA, al amparo del artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con fecha 18 de febrero de 2021 se procedió a la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del supuesto denunciado. Asimismo, en el marco de dichas actuaciones previas, se requirió a información a la sociedad ENDESA en los términos y contenido que consta en el expediente administrativo [Folios 7 a 10 del expediente].

Mediante comunicación con entrada en el registro de la CNMC el 31 de marzo de 2021, ENDESA dio contestación a dicho requerimiento de información.

No obstante, ante la información incompleta aportada por ENDESA, la CNMC cursó un nuevo requerimiento de información el 7 de mayo de 2021, que fue atendido por ENDESA el 14 de mayo de 2021, aportando nueva documentación.

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

El 11 de noviembre de 2021, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Directora de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra ENDESA como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 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 44 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con la tramitación de la baja del suministro relativo al CUPS [CONFIDENCIAL] como consecuencia de un cambio de comercializador sin consentimiento realizado por la propia ENDESA.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 17 de noviembre de 2021. ENDESA accedió a la notificación el día siguiente, según obra en el expediente administrativo.

Tal y como consta en el expediente administrativo, ENDESA no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

Cuarto. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 6 de julio de 2022 se incorporaron al expediente las cuentas de ENDESA correspondientes al año 2021, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 22 de junio de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 12.378.588 euros.

Quinto. Propuesta de resolución

El 6 de julio de 2022 la Directora de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA PROPONER

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

“PRIMERO. Declare que ENDESA ENERGIA, S.A.U. es responsable de la comisión de una infracción grave, del 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 recogidas en el artículo 52 de la misma norma.

SEGUNDO. Imponga una sanción a la empresa ENDESA ENERGÍA, S.A.U. consistente en el pago de una multa de 75.000 (setenta y cinco mil euros) por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero.”

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 12 de julio de 2022 a las 10:50 horas, ENDESA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 11 de julio, según obra en el expediente administrativo.

Sexto. Alegaciones de ENDESA a la propuesta de resolución

Tras solicitud de ampliación de plazo y su concesión por la CNMC, con fecha de 3 de agosto de 2022 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de ENDESA a la propuesta de resolución, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- No se llega a producir la suspensión del suministro o, en caso de entenderse producida dicha suspensión, ésta no es imputable a Endesa en ningún caso. Aporta para su acreditación pantallazo del portal de consulta de la distribuidora correspondiente respecto del CUPS afectado con el código 01 (Cese de Actividad) que, de llegar a activarse implica la suspensión del suministro.
- ENDESA nunca tuvo constancia de que se hubiera producido realmente la baja solicitada (paso 05)
- ENDESA no niega que se solicitó erróneamente la baja del contrato, pero hizo lo posible para enmendar el error cometido solicitando la anulación de la citada solicitud de baja (paso 03).
- La distribuidora rechazó la solicitud de baja (paso 07) de ENDESA “*por concurrencia con cambio de comercializador o por incidencia no subsanada*”.
- Existe vulneración del procedimiento sancionador, al modificarse la acusación, por cuanto el acuerdo de incoación y la propuesta de resolución tipifican de manera distinta el hecho infractor. En concreto, entiende que se produce una *reformatio in peius* pues se mantiene la mención al artículo 65.25 de la LSE y mientras en el acuerdo de incoación se refiere a las medidas de protección del artículo 44 LSE, en la propuesta de resolución se indica la medida del artículo 52 de la LSE,
- Se vulneran los principios básicos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, dado que:
 - o los hechos no pueden quedar subsumidos en el tipo infractor por cuanto Endesa desconoce que se haya producido la supuesta suspensión, actuó conforme al mecanismo reglado por la propia CNMC para que no se produjera la baja de contrato ni suspensión de suministro y la distribuidora acabó el proceso confirmando que había rechazado la baja solicitada.
 - o No se vulnera el principio de antijuricidad (no hay acción contraria a Derecho) por cuanto la acción de ENDESA pone de relieve que actuó con la mayor de las diligencias para enmendar el error a través del mecanismo reglado y aprobado.
 - o No concurre el requisito de culpabilidad por cuanto no concurre ni dolo ni culpa en la conducta de ENDESA quien tomó las medidas puestas a su disposición.

Por todo ello, ENDESA solicita que se resuelva el archivo de las actuaciones del procedimiento sancionador.

Con posterioridad a la presentación del escrito de alegaciones, ENDESA presentó dos nuevos escritos que tuvieron entrada en el registro de la CNMC en fecha 3 agosto de 2022; adjuntando la documentación referida en el referido escrito de alegaciones, así como los poderes de representación.

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 29 de septiembre de 2022, 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. El día 19 de octubre de 2020 D. [CONFIDENCIAL] solicitó a través del canal telefónico de ENDESA la contratación del suministro eléctrico del local 01 ubicado en el edificio sito en la calle [CONFIDENCIAL]. Durante la contratación, D. [CONFIDENCIAL] no aporta el CUPS del mencionado local y, tras ser preguntado en varias ocasiones por la operadora telefónica de ENDESA, afirma que no dispone de ningún contrato de suministro del anterior inquilino del local ni del CUPS¹. A pesar de lo anterior, la operadora de ENDESA continúa la contratación del suministro para la dirección Calle [CONFIDENCIAL], a pesar de no disponer del código CUPS. [audio del folio 44 del expediente].

¹ En ese contexto en el que el sujeto indica que tendría que localizar al antiguo titular, se incluyen las siguientes expresiones por parte de la operadora “No, no, vale, no importa” y “Nada, no pasa nada” (entre minutos 5-6). Igualmente, en el contexto en el que el sujeto reitera que no tiene el CUPS y cuál debe ser el nombre y apellidos del anterior titular al que debe figurar el contrato, la operadora indica que por un tema de privacidad hay algunos datos a los que no tiene acceso, como por ejemplo, el DNI ni el titular “pero es éste, sí” (entre minutos 10-11).

El 19 de octubre de 2020, ENDESA realizó una llamada a D. [CONFIDENCIAL] a fin de confirmar la contratación del suministro, en la que tras ser preguntado por la operadora de ENDESA si el código CUPS [CONFIDENCIAL] es correcto, D. [CONFIDENCIAL] afirma que no sabe cuál es su código CUPS (*“El código CUPS no lo tenemos supongo que sí”*), a lo que la operadora de ENDESA responde *“sí, sí, está bien”*. [audio del folio 25 del expediente]:

Tras finalizar la llamada, ENDESA procedió a enviar el correspondiente SMS a fin de que D. [CONFIDENCIAL] confirmara la contratación, procediendo a activarse el contrato de suministro para el CUPS [CONFIDENCIAL], que en realidad no pertenecía al local de D. [CONFIDENCIAL], sino al suministro eléctrico de la comunidad de propietarios del edificio en el que se encuentra el local en cuestión.

Como consecuencia de la contratación errónea anterior, D. [CONFIDENCIAL] figuraba como titular del contrato asociado al CUPS [CONFIDENCIAL].

Por tanto, queda probado que ENDESA ha procedido a un cambio de comercializador del suministro de la comunidad de propietarios del edificio, sin contar con el debido consentimiento de ésta, así consta con las dos grabaciones telefónicas así como la certificación emitida por el tercero de confianza que figuran en el expediente. Asimismo, este hecho ha sido también reconocido por ENDESA en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, calificándolo como un error.

SEGUNDO. Al detectar D. [CONFIDENCIAL] que la contratación del suministro con ENDESA se hizo con un CUPS erróneo que no correspondía a su local, sino a la comunidad del edificio, el 26 de diciembre de 2020 procedió a “dar” la baja del suministro a ENDESA poniendo de manifiesto a ENDESA el error en la contratación y el consecuente cambio de comercializador por parte de ENDESA sin consentimiento de la comunidad de propietarios. En concreto, en dicha llamada, D. [CONFIDENCIAL] expuso lo reproducido a continuación:

- *“El problema que hay, por lo que lo quiero dar de baja, es porque ustedes... yo fui a hacer un cambio de titularidad y resulta que pensaba que tenía con ustedes el contrato el inquilino anterior, me dijisteis que sí y luego no era así. Y me habéis hecho un contrato en un contador que no pertenece a mi local, que pertenece a la comunidad de propietarios del edificio. Y he estado 6 días sin luz, he tenido que pagar seiscientos y pico euros [...] y encima me habéis hecho un contrato en un contador que es de la comunidad de propietarios, que ya tiene un contrato hecho ahí”*. (audio del folio 45 del expediente administrativo)

En contestación, ENDESA señaló: *“Comprendo, entonces necesitaríamos claro cancelar inmediatamente ese contrato, ese ese servicio, y reclamar lo que ha sucedido,*

claro [CONFIDENCIAL], lo comprendo lamentamos las molestias..." (audio del folio 45 del expediente administrativo)

A pesar de que D. [CONFIDENCIAL] reiteró a lo largo de la llamada el hecho de que dicho CUPS pertenecía a la comunidad de propietarios del edificio y que, por un error de ENDESA en la contratación, lo habían vinculado al contrato de su local, el 27 de diciembre de 2020, ENDESA procedió a atender la petición cursada, dando de baja el contrato vinculado al CUPS [CONFIDENCIAL], con la consecuente suspensión del suministro en las zonas comunes de la comunidad de propietarios, entre el 27 de diciembre de 2020 y el 31 de diciembre de 2020.

Estos hechos quedan acreditados tanto por las grabaciones telefónicas recogidas en el expediente en parte transcritas, así como por los 4 documentos generados por ENDESA el día 26 de diciembre de 2020 (folio 29 del expediente administrativo) relativos a (i) las dos solicitudes de baja contractualizadas con referencias OI-0005910543 y OI-0005940507 y (ii) las dos actas de proceso de firma del día 26-12-2020 desde las 18:22:26 a las 18:25:10 horas y desde las 18:24:34 horas a las 18:27:41 horas).

Así, debe sostenerse que la acreditación de estos hechos no queda desvirtuada por las manifestaciones vertidas por ENDESA en su escrito de alegaciones a la propuesta, ni tampoco por la documental aportada en dicho trámite por dicha empresa, en los términos que se indican a continuación.

En concreto, ENDESA sostiene que dicha suspensión del suministro no se ha producido o, si se hubiera producido, ENDESA no tenía conocimiento de ello. Ante todo, sorprende tal afirmación, aunque pueda ser entendida en términos de estricta defensa, por cuanto además de contradecirse con sus propias manifestaciones durante las actuaciones previas y en el mismo escrito de alegaciones de este sancionador, resulta que en el expediente queda acreditada la constancia de que ENDESA sido concedora, no sólo por una sino por varias vías, de la suspensión del servicio y de las circunstancias que concurrieron y así también reconoce expresamente la propia comercializadora en otros apartados.

Así, a juicio de esta Sala la constancia de la existencia de suspensión del suministro del CUPS afectado (Comunidad de Propietarios de la dirección postal) y del conocimiento que tiene ENDESA de esta circunstancia quedan acreditados por lo siguiente:

- Denuncia presentada por Comunidad de propietarios ante la CNMC (folios 1-6) donde se indica la falta de suministro y las referencias de las reclamaciones interpuestas ante la comercializadora ENDESA [CONFIDENCIAL], no desmentida por ENDESA en trámite de actuaciones previas.

- ENDESA indica que *“Con fecha 28/12/2020, se recibe nueva llamada del Sr. [CONFIDENCIAL] indicando que la Comunidad de propietarios lleva 2 días sin luz y que ha llamado a la distribuidora pero que le indican que no puede deshacer la baja. Se le indica que el contrato está pendiente de modificación y hay que esperar para seguir con las gestiones.”*. (folio 23)
- ENDESA indica que *“Con fecha 29/12/2020 se reciben llamadas de la Comunidad de Propietarios en las que exponen que le han asignado el CUPS del suministro de luz al dueño de uno de los locales de la Comunidad y que éste lo ha dado de baja dejando sin suministro a la Comunidad....”* (folio 23 del expediente)
- ENDESA indica que *“Con fecha 30/12/2020 llama el Sr. [CONFIDENCIAL] y vuelve a explicar la situación....”* (folio 23 del expediente)
- ENDESA indica que *“Con fecha 30/12/2020, el asesor energético de la comunidad de propietarios, contacta por correo electrónico con Endesa Energía indicando que no tenían luz en las zonas comunes del edificio y que, al tratarse de un edificio de 8 plantas en el que la mayoría de los vecinos eran de edad avanzada, era urgente el restablecimiento del suministro Habida cuenta de la urgencia de la situación, ese mismo día se contacta con la compañía distribuidora para advertir de lo sucedido, tras lo cual con fecha 31/12/2020 a medio día el suministro se restableció”*.(folio 22 del expediente)
- Emails remitidos por el gestor comercial a direcciones de email corporativas de ENDESA el día 30/12/2020 a las 13:23 horas y a las 18:56 horas en las que a email de ENDESA: *“Se encuentra en solicitud de baja, pero con la luz cortada ...Por favor informar que NO SE PUEDE SEGUIR ASÍ MÁS TIEMPO, es una comunicada de muchos vecinos con personas mayores con 8 plantas y sin ascensor y están sin luz por la noche.”* (folio 30 del expediente)

Por tanto, debe concluirse que evidentemente ENDESA conocía de la situación de falta de suministro y ello no queda desvirtuado ni por la mera nueva alegación de ENDESA de desconocimiento basándose - única y estratégicamente - en pantallazos del portal de la distribuidora respecto del proceso B1 de la baja iniciado por ella misma. Es más, también consta en dicho proceso que ENDESA solicitó *a posteriori* la anulación de su propia solicitud de baja.

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, previo informe de la Sala de Competencia, la Resolución de este procedimiento.

Segundo. Procedimiento aplicable

Resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo III del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley del Sector Eléctrico, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de 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, el artículo 52 de la Ley 24/2013 recoge las causas, estrictamente tasadas, de suspensión del suministro eléctrico a los consumidores. La redacción restrictiva de dicho artículo constituye una medida de protección a los consumidores que tiene por objeto garantizar su derecho al suministro, salvo en aquellas circunstancias recogidas en la norma que, con carácter excepcional, permiten suspenderlo.

En el presente caso, ENDESA procedió en un primer momento a un cambio de comercializador del CUPS [CONFIDENCIAL] sin el consentimiento de la comunidad de propietarios.

Como ha quedado acreditado, en el Hecho Probado Primero, en la primera llamada para contratar el suministro, en ningún caso se menciona el CUPS. Ante el hecho de que el contratante no dispone del referido CUPS y de que no tiene el contrato del anterior inquilino para consultar los datos, la operadora de ENDESA decidió registrar la solicitud contando únicamente con la dirección del edificio donde se encuentra el local para el que D. [CONFIDENCIAL] solicitó la contratación del suministro.

Asimismo, en la segunda llamada efectuada por ENDESA para verificar el consentimiento, es la operadora de la comercializadora quien recita el código relativo al CUPS que -se supone- pertenece al local, solicitando al acabar que D. [CONFIDENCIAL] confirme si este es correcto. Al contestar D. [CONFIDENCIAL] que desconoce cuál es el CUPS de su local, la operadora de ENDESA afirma que es ese y continúa con la llamada de verificación del consentimiento.

Esta conducta, que constituye un cambio de comercializador sin consentimiento, encajaría, por sí sola, en el tipo de infracción leve recogido en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013.

No obstante, esta infracción no puede analizarse de forma aislada, sino que debe tenerse en consideración en el contexto concreto del presente procedimiento. En efecto, este cambio de comercializador sin consentimiento tuvo una consecuencia más amplia, que fue la suspensión del suministro a la comunidad de propietarios.

Esta situación comporta una vulneración de las medidas de protección al consumidor (derecho a la continuidad del suministro) recogidas en el artículo 52 de la Ley 24/2013, constituyendo una infracción recogida en el artículo 65.25 de la misma norma.

Es por ello que, en la medida en que la comisión de la segunda infracción (suspensión del suministro), objeto principal del presente procedimiento, no puede entenderse sin la comisión de la primera (cambio de comercializador sin consentimiento), ambas constituyen una suerte de concurso medial, quedando la leve subsumida en el tipo infractor grave.

Al respecto, debe significarse que ENDESA nada alega en contra de la tipificación de la conducta recogida en el hecho probado primero ni tampoco respecto de la catalogación del concurso medial con la subsunción de la infracción leve en el tipo infractor grave, en los términos descritos en la propuesta de resolución.

Sentado lo anterior, **en primer lugar, ENDESA alega vulneración en el procedimiento sancionador, aduciendo que el acuerdo de inicio y la propuesta de resolución tipifican de manera distinta el hecho infractor.** En concreto, reconociendo que los hechos indicados y su calificación dentro del tipo infractor 65.25 de la LSE es invariable en ambos actos administrativos, parece sostener dicha alegación en que *“Al final, lo cierto es que la infracción imputada a mi representada es palmariamente diferente en la medida en que la “medida de protección al consumidor” supuestamente incumplida cambia no sólo por su referencia legal sino conceptualmente. Es decir, se pasa de una referencia genérica a una medida de protección del art.44 en el que se incluyen los derechos de los consumidores a una referencia expresa al art.52 en un “interpretación restrictiva” tomando las mismas palabras recogidas en la Propuesta.”*

Pues bien, ante todo, debe significarse que el objeto del presente procedimiento tiene carácter sancionador y que, por tanto, aplica el artículo 64 de la Ley 39/2015 y, en particular, su apartado 2 donde se recoge el contenido mínimo que debe tener el acuerdo de incoación, entre cuyos elementos cabe destacar el siguiente:

“b) los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”.

Por ello, la normativa específica que aplica a los procedimientos de naturaleza sancionadora ya determina, por si misma, la necesaria desestimación de la alegación vertida por ENDESA que obvia esta circunstancia tanto en su mera alegación como en la aportación de jurisprudencia no aplicable al caso que nos ocupa.

En efecto, en lo que aquí puede interesar, nada obsta para que el instructor de un procedimiento sancionador, si así lo estima, tras la instrucción del mismo y analizada pormenorizadamente la conducta tomada como base en el citado procedimiento sancionador, pueda modificar la calificación jurídica de esa conducta. Precisamente, en los términos previstos por la normativa y pacífica jurisprudencia, durante la tramitación del procedimiento sancionador se pueden recabar los elementos necesarios para concretar de forma indubitada la calificación de los hechos y la determinación de la sanción. Lo determinante en ese caso es que con anterioridad a que se dicte la resolución sancionadora el presuntamente inculpado tenga conocimiento de esta circunstancia y pueda ejercitar su derecho de defensa, todo ello a los efectos de que no se produzca vulneración alguna del principio acusatorio,

Es abundante la jurisprudencia que trata los supuestos en los que es la propia resolución sancionadora la que, apartándose de la previsión contemplada en la

instrucción y sin dar trámite de audiencia al inculpado, modifica sustancialmente la calificación jurídica de los hechos enjuiciados. Sin embargo, ese supuesto de hecho no es el que se dilucida en el presente caso, y por tanto ENDESA no puede pretender hacer una suerte de analogía aplicando la misma doctrina garantista dictaminada a favor del inculpado en una comparativa entre el acuerdo de incoación y la propuesta de resolución, ambos actos administrativos dictados durante la fase de instrucción del procedimiento sancionador y ambos actos remitidos a ENDESA con otorgamiento de plazo para alegaciones.

Y ello así resulta dado que es en el trámite de propuesta de resolución de naturaleza sancionadora cuando se precisan los cargos que se imputan a ENDESA y respecto de esa imputación se da traslado a ENDESA a los efectos de trámite de audiencia y con otorgamiento de plazo para alegaciones.

Pues bien, analizada la instrucción realizada en el presente caso, lo relevante es señalar que en el procedimiento del que trae causa esta resolución no ha existido modificación ni ampliación alguna de los hechos objeto de análisis ya que frente a las conductas que se le imputaban inicialmente a ENDESA en el escrito de incoación no ha existido modificación alguna, como reconoce ENDESA. Del mismo modo, debe sostenerse que no hay cambio alguno relevante en la calificación jurídica realizada manteniéndose el tipo infractor (65.25 LSE), cuestión nada desdeñable, y, en cualquier caso, la precisión contemplada en la propuesta de resolución ha sido sometida a trámite de audiencia de ENDESA para que formulara las alegaciones que tuviera por conveniente al respecto.

En el presente caso se observa que en la propuesta de resolución se determina la existencia de un incumplimiento de los requisitos de contratación apoderamiento con los clientes ya referido en el acuerdo de incoación – como reconoce ENDESA – cuya calificación (66.4 LSE) como infracción leve se vincula como medial (y subsumida) respecto de la infracción grave (65.25 LSE) en la que se tipifica la suspensión del suministro de energía eléctrica recogida como hecho probado segundo ya prevista en el artículo 52 del mismo texto legal. Pues bien, la concreta determinación de la calificación jurídica que alcanza el instructor ha sido transmitida a ENDESA y respecto de la misma le ha dado trámite de audiencia y plazo para efectuar alegaciones, todo ello con anterioridad a la adopción de la presente resolución.

Por tanto, aunque esta precisión del artículo 52 de la LSE - esto es, la mención específica del precepto que recoge la medida de protección a favor de los consumidores de no ser objeto de suspensión de suministro salvo en los casos determinados por la normativa - pudiera pensarse que determina una alteración sustancial de la calificación jurídica de los hechos probados, lo cierto es que ello no determina *per se* una vulneración del principio acusatorio ni del derecho de

defensa de ENDESA, sino que simplemente se trataría de la mera manifestación de la previsión normativa atribuida al devenir ordinario de la instrucción de los procedimientos sancionadores.

En segundo lugar, ENDESA también alega vulneración del principio de tipicidad de la conducta reseñada como hecho probado segundo, rechazando que ENDESA conociera la suspensión, que actuó conforme al mecanismo reglado por la propia CNMC para que no se produjera la baja del contrato ni suspensión del suministro y la distribuidora acabó el proceso confirmando que había rechazado la baja que se había solicitado.

Al respecto, baste señalar que, en el expediente, tal y como se ha señalado en el apartado correspondiente a los hechos probados constan evidencias irrefutables que:

- ENDESA inició el proceso reglado ante la distribuidora para promover la baja del suministro sabiendo que se correspondía con el CUPS (contador) de la comunidad de propietarios, titular distinto del que solicitaba la baja del servicio por causa únicamente imputable a ENDESA, tal y como le indicó el propio consumidor.
- ENDESA tuvo conocimiento de la ulterior suspensión del servicio causada directamente por la tramitación de la indebida baja, tal y como le han indicado reiteradamente tanto el titular del local como la comunidad de propietarios.

En nada afecta a la correcta tipificación de la conducta de ENDESA como vulneradora del derecho al suministro de energía eléctrica que tienen los consumidores, el alegado hecho de que ese proceso de intercambio de información con la distribuidora finalice con un rechazo de la distribuidora a la baja que se había solicitado por ENDESA. Evidentemente, esa circunstancia se trata de una actuación técnica realizada *a posteriori* (31-12-2020) en el propio proceso informático debido, es de suponer, a las múltiples denuncias de corte de suministro (desde 28-12-2020) producidas con el indebido inicio de proceso de baja instado por ENDESA (27-12-2020). De hecho, así consta que, rechazada la baja de servicio por la distribuidora, se procedió a restituir la situación volviendo a tramitarse el cambio de titular a favor de la Comunidad de Propietarios con fecha 12-1-2021 (folio 310).

En tercer lugar, ENDESA también alega vulneración del principio de antijuridicidad, porque *“las actuaciones llevadas a cabo por Endesa ponen de relieve que actuó con la mayor de las diligencias, intentando enmendar el error a través del mecanismo reglado y aprobado para ello.”*

Al respecto, cabe insistir nuevamente que ENDESA cambió la titularidad del CUPS de la Comunidad de propietarios sin tener el consentimiento de su representante. Esta es una conducta antijurídica, esto es contraria a derecho, y que, además es sancionable, en los términos del artículo 66.4 del LSE. Asimismo, ENDESA tramitó con el consumidor y con la distribuidora la baja del suministro a la comunidad de propietarios siendo conocedora de estaba dando de baja ese contador con el consentimiento del titular de un local. Esta es una conducta antijurídica, esto es, contraria a derecho y que, además, es sancionable, en los términos del artículo 65.25 de la LSE.

Finalmente, el hecho de que, tal y como reconoce ENDESA, *“actuó con la mayor de las diligencias, intentando enmendar el error a través del mecanismo reglado y aprobado para ello”* en nada afecta para entender que ya se habían producido las dos conductas punitivas anteriores ni tampoco afecta a la calificación jurídica de las que son merecedoras. Todo ello, sin perjuicio de que las ulteriores actuaciones de ENDESA pudieran tenerse en cuenta en la graduación de la sanción, aunque ya se expresa que, siendo conocedora de la situación de corte de suministro en los términos que lo era, no cabe sino entender que esa es la mínima diligencia que es exigible a una comercializadora que ha instado una indebida baja de contrato en los términos acreditados.

En definitiva, una vez desestimadas las alegaciones de ENDESA al respecto, y considerando, por un lado, los hechos probados señalados, y, por otro, las medidas de protección al consumidor establecidas por la Ley del Sector Eléctrico, procede confirmar que ENDESA ha incurrido en la conducta constitutiva de una infracción leve (66.4 LSE), en concurso medial de la conducta típica constitutiva de infracción grave en la que también ha incurrido, tal y como se recoge en la propuesta de resolución.

Por 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. El cambio de titular del contrato sin el consentimiento debido y la indebida suspensión del suministro en los términos reseñados, determinan un incumplimiento de las obligaciones que están claramente definidas en la Ley del Sector Eléctrico.

Cuarto. Culpabilidad en la comisión de la infracción

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

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

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

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 y derechos de los consumidores.

La conducta de ENDESA 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 del artículo 44 de la Ley del Sector Eléctrico y, también en particular, respetar el derecho a la continuidad de suministro que se desprende del artículo 52 de la Ley del Sector Eléctrico.

Ello comporta la necesidad de que los comercializadores no lleven a cabo de forma unilateral la modificación de la titularidad de los contratos de suministro sin recabar el debido consentimiento y que, además, no insten la suspensión del suministro en condiciones no amparadas por la normativa.

En el presente caso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, dichas medidas de protección al consumidor y respeto a sus derechos no han sido observadas por ENDESA tanto en la comisión de la primera infracción como en la comisión de la segunda.

Como primera conducta infractora debe reseñarse que ENDESA procedió a tramitar la contratación del suministro de electricidad del local del edificio, a pesar de que, en la primera llamada, D. [CONFIDENCIAL] no pudo aportar el CUPS concreto de su local, limitándose a dar el domicilio. De igual forma, a pesar de que en la llamada de verificación del consentimiento D. [CONFIDENCIAL] insistió en que no conocía el código CUPS de su local y que, por lo tanto, no podía confirmar si el código CUPS recitado por la operadora de ENDESA era correcto, esta última insistió en que estaba bien y procedió a continuar con la activación del contrato, generando con ello la activación de un contrato que suponía desconocer de plano el derecho básico de elección que disponen todos los consumidores, puesto que estaba activando un contrato no en el CUPS del local de D. [CONFIDENCIAL], sino de la comunidad de propietarios del edificio en el que se ubicaba. En definitiva, las operadoras de ENDESA lideraron proactivamente la contratación, aun teniendo capacidad para evitar la situación y, sin embargo, como consta en los hechos probados, continuaron con la contratación a pesar de que resulta evidente que D. [CONFIDENCIAL]. en ningún momento facilitó o confirmó el CUPS, bien al contrario, dejó claro que lo desconocía.

Fue precisamente esa actuación negligente de las operadoras de ENDESA las que dieron lugar a un cambio de comercializador sin consentimiento que, a su vez, derivó en otras consecuencias para la comunidad de propietarios del edificio, que se vieron privados del suministro entre el 27 de diciembre de 2020 y el 31 de diciembre de 2020.

Efectivamente, cuando D. [CONFIDENCIAL] se dio cuenta, ante la factura recibida, de que su contrato estaba vinculado al CUPS de la comunidad de propietarios procedió de forma correcta a comunicarlo a ENDESA para que diera baja el indicado contrato, advirtiéndolo además de forma expresa el error en el CUPS cometido.

Pues bien, como segunda conducta infractora, ENDESA plenamente conocedora de que, a pesar de que, en el contrato asociado al CUPS [CONFIDENCIAL] figuraba como titular este sujeto, el titular era la comunidad de propietarios procedió sin mediar actuación alguna a solicitar el corte de suministro, con pleno conocimiento de que la indicada comunidad de propietarios desconocía la situación.

Contrariamente a lo que sostiene ENDESA, en el presente caso, no hay una atribución de responsabilidad objetiva a ENDESA sino que (i) respecto de la primera conducta infractora, se observa una actuación proactiva de búsqueda e identificación del CUPS de forma unilateral y al margen del consentimiento del consumidor contratante; (ii) respecto de la segunda conducta infractora, se observa que la operadora pudo no tramitar la baja concedora de que se estaba dando de baja el suministro de la comunidad de propietarios utilizando el consentimiento de un titular de un “contador” distinto.

En efecto, considera esta Sala, al igual que la instructora, que en el análisis de la culpabilidad de ENDESA no cabría admitir la teoría de la no exigibilidad de otra conducta a esta comercializadora. Así, respecto de la primera conducta infractora, ENDESA, ante la ausencia de aportación del CUPS y manifestación de los datos de persona física del anterior titular del contrato, podría, con una mínima diligencia, no haber procedido inicialmente a tramitar el cambio de titular y, en su lugar, procedió activamente a su consecución. Además, respecto de la segunda conducta infractora, ENDESA podía haber atendido la solicitud de D. [CONFIDENCIAL], sin proceder directamente a dar de baja el suministro del contrato asociado al CUPS de la comunidad de propietarios del edificio y tramitando, en su lugar, la subsanación del cambio de comercializador a través de la distribuidora, a fin de evitar la suspensión del suministro en el CUPS asociado a la comunidad del edificio; suministro -cabe recordar- en el que ENDESA adquirió la condición de comercializador única y exclusivamente debido a su actuación negligente y favorable a sus intereses en la contratación con D. [CONFIDENCIAL]

En definitiva, queda constada la actuación inicial negligente en la contratación del suministro a favor de D. [CONFIDENCIAL], a la que se suma una nueva negligencia cuando procedió a cortar el suministro sin reparar en el perjuicio que esa actuación produciría a la comunidad de propietarios, privándoles del suministro eléctrico del que, en primera instancia, nunca debieron dejar de ser titulares, e incurriendo con ello en una infracción grave tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013

En consecuencia, desestimada pues la alegación de falta de culpabilidad vertida por ENDESA debe considerarse que ENDESA es responsable al menos negligentemente de las conductas descritas en los hechos probados y tipificadas en la presente resolución.

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 reprobabilidad de la infracción».*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo 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 unos casos concretos- 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, consta inicialmente en el expediente la diligencia de incorporación de las últimas cuentas anuales disponibles de la comercializadora.

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, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. por un importe de setenta y cinco mil (75.000) 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 recogidas en el artículo 52 de la misma norma.

SEGUNDO. — Imponer a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de setenta y cinco mil (75.000) 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.