

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

(SNC/DE/127/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretaria

D.^a M^a Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 15 de febrero de 2024

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. Denuncias de particulares contra ENDESA ENERGÍA, S.A.

Durante los meses de enero y febrero de 2022, tuvieron entrada en el registro de la CNMC las siguientes denuncias formuladas por particulares, todas contra ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante ENDESA) por cambio de comercializador de diversos suministros de electricidad sin su consentimiento.

- D. [CONFIDENCIAL], informa que, mediante una carta recibida en su correo el 9/08/2021, se enteró que el suministro de electricidad de su vivienda estaba contratado con ENDESA (su anterior comercializador era IBERDROLA) y que dicho cambio se había realizado mediante un contrato por internet, a nombre de su padre ([CONFIDENCIAL]) lo que no era posible de ningún modo en cuanto su padre había fallecido unos meses antes. Solicita la reposición del suministro de electricidad con su comercializadora anterior en las condiciones que tenía antes del cambio:[CONFIDENCIAL]
- D. [CONFIDENCIAL] informa que recibió correo electrónico de ENDESA comunicándole una supuesta solicitud por su parte de un cambio de suministradora de electricidad que en ningún momento ha realizado. Tras

diversas gestiones realizadas con la antigua suministradora (IBERDROLA) y con ENDESA, afirma desconocer la situación en la que se encuentra el suministro de luz de su domicilio ya que el último correo recibido ENDESA le informa del próximo cargo en cuenta del primer recibo por suministro. Solicita la inmediata reposición por parte de ENDESA de su situación contractual inicial con IBERDROLA en el siguiente punto de suministro:[CONFIDENCIAL]

Segundo. Periodos de información previa por la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la CNMC

Atendiendo a las reclamaciones presentadas, la Directora de Energía, en el ejercicio de las funciones de instrucción de expedientes que le atribuye el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, en el ámbito de las competencias de esta Comisión de supervisión y control de los sectores energéticos, procedió a dictar los correspondientes acuerdos de apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias de cada caso.

En concreto, y para la denuncia formulada por D. [CONFIDENCIAL]

En el ámbito de cada uno de estos expedientes, se requirió a ENDESA, con fechas 3 de febrero y 11 de marzo de 2022, respectivamente, a fin de que diera respuesta a determinadas cuestiones. Entre ellas, se le requirió para que aportara la documentación que estimara conveniente en relación con los hechos descritos en las denuncias presentadas y, en particular, aportara documentación acreditativa del consentimiento expreso del consumidor, sobre cuya base se han solicitado los cambios de comercializador y del procedimiento realizado para comprobar que el titular sobre el que se ha dado de alta en el contrato es el usuario efectivo del punto de suministro, así como acreditación del cumplimiento de los requisitos formales de los contratos a distancia. Igualmente, se le solicitó información sobre el procedimiento utilizado y actuaciones practicadas para reponer los suministros y solucionar las reclamaciones. Finalmente se solicitó información relativa a la actividad comercial y posterior contratación, así como copia de las facturas generadas.

En el marco de las citadas informaciones previas, se recibieron sendos escritos de ENDESA respondiendo a cada uno de los requerimientos de información efectuados:

1.- En el caso del CUPS [CONFIDENCIAL], indicando que:

- La contratación se efectuó a través de internet el 17/6/2021 a nombre de D. [CONFIDENCIAL] (acompaña impresión de pantalla, con el IP de procedencia) previa alta y registro en la web con indicación del número NIF del consumidor. Este contrato se activó el 10/7/2021 y se dio de baja el 23/1/2022 por reposición a la comercializadora anterior.

- El propio consumidor registra sus datos e identifica los referidos al suministro.
- No resultan de aplicación los requisitos del artículo 98.6 y 7 del RD Legislativo 1/2007.
- Se realizó solicitud del 27/9/2021 para reponer el suministro a la comercializadora anterior tras recibir reclamación de la Junta Arbitral de Consumo de Navarra. Sin embargo, dicha solicitud estaba fuera de plazo. Tras anulación de facturación por parte de la distribuidora y aceptación de la comercializadora saliente, se traslada petición de anulación que fue finalmente aceptada el 23/1/2022
- Consta que el 27/8/2021 el cliente reclama a través de la Junta Arbitral de Consumo de Navarra, se ha informado del estado del suministro y de que se ha solicitado la reposición
- Se adjuntan facturas generadas durante la vigencia del contrato.

2.- En el caso del CUPS [CONFIDENCIAL] indicando que:

- La contratación se efectuó a través de internet el 18/1/2022 a nombre de D. [CONFIDENCIAL] (acompaña impresión de pantalla, con el IP de procedencia) previa alta y registro en la web con indicación del número NIF del consumidor. Este contrato se activó el 19/1/2022 y se dio de baja el 1/3/2022 por cambio de comercializadora.
- El propio consumidor registra sus datos e identifica los referidos al suministro.
- Desde una oficina comercial de ENDESA se generó una actuación de desistimiento del contrato de mantenimiento y de baja el contrato a través de un cambio de comercializadora.
- No resultan de aplicación los requisitos del artículo 98.6 y 7 del RD Legislativo 1/2007.
- Se adjuntan facturas generadas durante la vigencia del contrato.

Comprobado por los servicios de la Dirección de Energía la forma de contratación vía web de ENDESA se pone de manifiesto que, sin perjuicio de que haya que cumplimentar un preceptivo formulario en el que se faciliten unos determinados datos personales, no existe garantía alguna de que el que introduzca los datos sea quien dice ser (en el caso de la primera denuncia, el que supuestamente suscribe el contrato estaba fallecido hacía más de cinco meses) y, además, sea el titular efectivo del punto de suministro en cuanto el sistema permite con facilidad seleccionar de forma simple entre varios domicilios, lo que podría suponer una vulneración de las medidas de protección al consumidor. No consta, así mismo, que la citada compañía tenga habilitada forma alguna de verificación *a posteriori* del consentimiento del titular.

Tercero. Incoación del procedimiento sancionador

El 15 de noviembre 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 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 44.1.c) y d) de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el derecho del consumidor a elegir libremente su suministrador y a formalizar un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 16 de noviembre de 2022. ENDESA accedió a la notificación al día siguiente, según obra en el expediente administrativo.

Cuarto. Ampliación de plazo para alegaciones

El 21 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de ENDESA solicitando ampliación de plazo para efectuar alegaciones.

Mediante oficio de fecha 21 de noviembre de 2022 se le otorgó la ampliación del plazo solicitado. ENDESA accedió el 22 de noviembre de 2022 a la notificación electrónica puesta a su disposición el día 21.

Quinto. Alegaciones de ENDESA al acuerdo de incoación

Con fecha 12 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA en el que manifiesta:

- Que el expediente se encuentra incompleto al faltar un índice y determinados folios.
- La atipicidad de la conducta de ENDESA. Así, la contratación de los casos denunciados tuvo lugar vía web donde se tuvo que completar un formulario y facilitar determinados datos, algunos de ellos de muy difícil acceso por un tercero distinto del titular del suministro. Que no se ha producido ningún perjuicio económico a los afectados al haberse anulado las facturas emitidas.

- En cuanto al régimen jurídico aplicable, indica que una síntesis de este, dada la carencia regulatoria reconocida, se contiene en el *“Informe de supervisión del efectivo consentimiento del consumidor al cambio de comercializador”* (IS/DE/020/20), emitido con fecha 17 de febrero de 2022 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC (en adelante, *“Informe de 2022”*). En dicho informe, dentro del apartado correspondiente a los *“Criterios para la verificación del efectivo consentimiento”*, se exige normativamente para acreditar que existe un *“efectivo consentimiento del consumidor al cambio de comercializador”*: que exista el correspondiente registro electrónico (al menos CUPS y dirección IP) de la página web del comercializador. Queda claro, a su juicio, que, en los casos en los que el cambio de comercializador se lleva a cabo por Internet, el único requisito normativamente exigido para asegurar que existe un efectivo consentimiento del consumidor a tal cambio (esto es, para evitar que un tercero ajeno contrate el cambio de comercializador en nombre de otro) es que exista *“el correspondiente registro electrónico (al menos CUPS y dirección IP) del website del comercializador”*.

Es más, incluso en los casos en los que se entienda que no se han cumplido estrictamente las exigencias normativas dirigidas a acreditar que el cambio de comercializador ha sido efectivamente consentido, según lo previsto en el Informe 2022, solo puede entenderse cometida una infracción administrativa en el supuesto de que no haya *“documentación acreditativa alguna, o bien la misma está tan deteriorada que es completamente inservible”*.

Por tanto, todo lo que vaya más allá de la existencia del *“correspondiente registro electrónico (al menos CUPS y dirección IP) del website del comercializador”* constituirá una mera expresión de buenas prácticas, cuya omisión en ningún caso, puede considerarse como infracción administrativa, por vedarlo las más elementales exigencias del principio de legalidad.

De este modo, lo que el Acuerdo de incoación echa de menos en la contratación a través de la página web de ENDESA, se califica por la CNMC en su propio Informe como como simples *“buenas prácticas que van más allá de los requisitos formalmente establecidos en la regulación”*

La propia CNMC es la que propone en su informe la introducción de las obligaciones, lo que acredita que las mismas no son actualmente exigibles, por lo que su inobservancia no puede ser sancionada.

- De los datos que constan en el expediente, resulta acreditado que ENDESA ha cumplido con todas las obligaciones que le impone el régimen jurídico que resulta aplicable, de lo que resulta la atipicidad de su conducta. Así, el sistema diseñado en su página web obliga a que se produzca el indicado registro electrónico que contiene la mencionada información mínima (al menos CUPS y dirección IP).

Por consiguiente, no exigiéndose garantías adicionales de que quien introduzca los datos sea quien dice ser y, además, el titular efectivo del punto de suministro, ni requiriéndose la aplicación de técnicas de verificación a posteriori del consentimiento del titular, la conclusión solo puede ser la de la plena conformidad a Derecho de la conducta de ENDESA.

- Alega, subsidiariamente, la inexistencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, ni a título de dolo ni de culpa, en cuanto en determinados informes de la CNMC, se afirma que, cuando el cambio de comercializador se produce por vía telemática, basta con que exista el correspondiente registro electrónico (al menos CUPS y dirección IP) de la página web del comercializador. Tampoco un fallo excepcional del sistema podría servir para fundamentar la culpabilidad del comercializador al poder entenderse configurada una responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad.
- Subsidiariamente, se alega que la infracción cometida no sería la grave del art. 65.25 LSE, sino la leve del art. 66.4 del mismo cuerpo legal. Así, la existencia de tal consentimiento constituye un “*requisito de contratación*”, de forma que el tipo infractor aplicable cuando no se adoptan las medidas exigibles para asegurar que dicho consentimiento concurre efectivamente es el establecido específicamente por el art. 66.4 LSE, y no el tipo más genérico definido por el art. 65.25 LSE. Así lo declaró la propia CNMC en su Informe de 2018 y determinada jurisprudencia.
- Finalmente, se refiere al principio de proporcionalidad, recordando la ausencia de perjuicio económico alguno por lo que debería, en su caso, imponerse la sanción correspondiente a las infracciones leves en su grado mínimo.

Por todo ello, solicita que se acuerde la terminación del procedimiento, con archivo de actuaciones.

Sexto. Contestación a ENDESA sobre el supuesto estado incompleto del expediente y nuevo escrito de la empresa

En contestación a la primera de las alegaciones formulada por ENDESA en su escrito de alegaciones de 12 de diciembre de 2022, sobre el supuesto estado incompleto del expediente sancionador, se remitió oficio por la CNMC de 21 de diciembre de 2022, en la que se informaba a la empresa de que los folios reclamados (30 a 103 del expediente) ya se habían puesto a su disposición, no obstante, se volvían a remitir en formato papel, con otorgamiento de nuevo plazo de alegaciones.

ENDESA accedió a la notificación electrónica de este oficio con fecha 22 de diciembre de 2022 y recibió la documentación remitida en papel el día 27 de diciembre de 2022.

Con fecha 11 de enero de 2023, se recibe nuevo escrito de ENDESA por el que se ratifica en su escrito de alegaciones de 12 de diciembre de 2022 y solicita nuevamente que se acuerde la terminación del procedimiento, con archivo de las actuaciones.

Séptimo. Propuesta de resolución

El 4 de mayo 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 ENDESA ENERGÍA, S.A.U. es responsable 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.*

SEGUNDO.- *Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 150.000 € (CIENTO CINCUENTA MIL EUROS) por la comisión de la infracción grave citada en el 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 8 de mayo de 2023 a las 09:49:40 horas, ENDESA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el mismo día, según obra en el expediente administrativo.

Octavo. 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 12 de junio 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.

Noveno. Alegaciones de ENDESA a la propuesta de resolución

Con fecha 28 de julio de 2023, y una vez finalizado el plazo otorgado para efectuar alegaciones, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que el ordenamiento jurídico vigente no determina los requisitos a los que las comercializadoras de electricidad deben ajustar la contratación telemática del suministro.
- Que no se toma en consideración la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza o el Reglamento UE (910/2014), ni tampoco el propio criterio emitido con anterioridad por la propia CNMC en anteriores informes o en la DJV de 28 de febrero de 2023.
- Que la situación de inseguridad jurídica resulta incompatible con las exigencias de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad en el ius puniendi.
- Que solo serían sancionables situaciones cuyo consentimiento no se acredita (no presentan documentación acreditativa o la misma está deteriorada y resulta inservible). Ir más allá supone sancionar no obligaciones exigibles sino simples buenas prácticas.
- Que ENDESA cumple plenamente las obligaciones que le impone el actual régimen jurídico aplicable a la materia, esto es, que exista un registro electrónico (CUPS y dirección IP) de la página web del comercializador. No son exigibles por la normativa garantías adicionales de identificación de los datos por quien dice ser y, además, el titular del CUPS ni de aplicación de técnicas de verificación a posteriori.
- Que, subsidiariamente, no existe el elemento subjetivo de culpabilidad, ni a título de dolo ni de culpa. Para ello ha de tomarse en consideración la existencia de 4 informes precedentes de la CNMC señalando la suficiencia del registro electrónico de la página web del comercializador (CUPS y dirección IP). No es admisible la imposición de responsabilidad de carácter objetivo.
- Que, subsidiariamente, la infracción cometida no sería la grave del art. 65.25 LSE sino la leve del art. 66.4 LSE que se refiere al incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, en concreto, a la existencia de consentimiento del cliente.
- Que se vulnera el principio de proporcionalidad al imponer el importe de la multa pues el número de denuncias contra ENDESA es pequeño en términos relativos y el resto de los criterios de graduación deben operar como atenuantes.

Por todo ello, ENDESA:

- Solicita que se dicte resolución por la que se acuerde la terminación del procedimiento con archivo de las actuaciones.
- no reconoce su responsabilidad, pero sí desea acogerse a la reducción del 20% por pronto pago del artículo 85 Ley 39/2015, solicitando la emisión del correspondiente modelo como documento de ingreso, y renunciando a cualquier acción o recurso en vía administrativa.

Tras la remisión el 19 de diciembre de 2023 del correspondiente modelo emitido, consta justificante del pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (20%) por 120.000 euros con fecha valor de ingreso del 19 de enero de 2024.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.

- Con fecha 17 de junio de 2021, se realiza una contratación a favor de ENDESA por quien dice ser [CONFIDENCIAL]
- Con fecha 18 de enero de 2022, se realiza una contratación a favor de ENDESA por quien dice ser [CONFIDENCIAL]

En ambos casos la contratación se hizo a través de internet y en ambos casos se recibieron las denuncias de los titulares de sendos suministros indicando que en ningún caso habían realizado dicha contratación, según consta en los antecedentes de hecho.

Este hecho queda probado por la información aportada por los denunciantes y la comercializadora, antes y tras requerimientos evacuados por la CNMC, información que obra en el expediente.

SEGUNDO. - Comprobado por los servicios de la Dirección de Energía la forma de contratación vía web de ENDESA se pone de manifiesto que el diseño de la web permite seleccionar el CUPS de suministro de cualquier dirección e, incluso, para el caso de edificios con más de una vivienda, se ofrece, mediante un desplegable contratar en cualquiera de los CUPS del edificio. De este modo, primero se identifica el punto de suministro: se introduce el código postal /localidad y en un desplegable, la aplicación va ofreciendo opciones de calles con número, piso y puerta. La aplicación va autocompletando la dirección según escribe el cliente. Finalmente, se selecciona la dirección de entre el conjunto de

direcciones que presenta la aplicación con el evidente riesgo de confusión de las personas que acceden a dicho sistema de contratación. Alternativamente, el sistema ofrece al consumidor la posibilidad de aportar una factura para obtener la información de ésta: *“si lo prefieres puedes introducir el CUPS o adjuntar una factura”*.

Por tanto, no es necesario introducir el CUPS, la aplicación de ENDESA no lo solicita. Sólo es necesario elegir una dirección de un conjunto de direcciones que se van ofreciendo según el consumidor va escribiendo.

Dicho sistema de contratación no dispone, además, como mecanismo de comprobación de ninguna actuación *a posteriori* destinada a confirmar la efectiva voluntad de cambio por el titular del suministro por lo que, en caso de error, no hay forma alguna de evitar la activación errónea del contrato.

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, el artículo 44 de la misma Ley determina cuáles son las indicadas medidas de protección al transponer al derecho interno las medidas así denominadas y contenidas en el Anexo I de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes del mercado de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

En particular, en lo que aquí interesa el artículo 44.1 de la meritada Ley establece, entre otros, en relación con el suministro, el siguiente derecho de los consumidores: *“c) Elegir su suministrador, pudiendo contratar el suministro con uno o varios de los siguientes sujetos, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezca por el Gobierno”* y en el apartado *“d) el derecho del consumidor a formalizar un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad...”*.

En los términos señalados en la propuesta de resolución, en el presente caso la conducta típica no es un cambio de suministrador sin consentimiento – considerado en otras resoluciones de esta CNMC como una conducta típica cubierta por la infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013-, sino, en puridad, la vulneración mediante un sistema de contratación *online* defectuoso, de la libre elección por parte de los consumidores de su suministrador y el correspondiente derecho a la formalización de un contrato de suministro con la empresa de su elección.

En este caso, por tanto, no es el resultado concreto –el cambio de suministrador sin consentimiento por CUPS cruzados- el que constituye la conducta típica, sino el diseño y mantenimiento de una página web para la contratación que permite con facilidad la contratación en nombre de otro y, en segundo lugar, la falta de controles, aun en grado mínimo, por parte de ENDESA para evitar la consolidación de los posibles errores. Con ello, se deja en manos de terceros la

posibilidad de que un consumidor sin saberlo sea cambiado de suministrador, con evidente lesión de sus derechos.

Esta conducta es subsumible en la infracción grave tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, al lesionar dos derechos básicos del consumidor reconocidos en la citada Ley. A saber, impide la libertad de elección de suministrador, al permitir a un tercero el cambio de suministrador sin las garantías suficientes y el derecho a disponer de un contrato porque se pasa a ser suministrado por un contrato consentido por una persona ajena. Con ello, además, una vez activado el contrato dado de alta por un tercero, el consumidor desconoce las condiciones contractuales por las que se le suministra y también quién le está suministrando.

En suma, lo que se sanciona en el presente expediente no es el posible o concreto cambio de comercializador sin consentimiento, sino la vulneración por parte de una web de contratación mal diseñada por ENDESA que perjudica los derechos de los consumidores a la libre elección de comercializador y a la formalización de un contrato consagrados en el artículo 44.1 c y d) de la LSE. La denuncia de los consumidores sólo sirve para poner de manifiesto que el riesgo creado se concretó en estos casos.

Por todo ello, el comportamiento de ENDESA ha de calificarse como de infracción grave, tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 y no como infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la citada Ley 24/2013.

Al respecto, alega ENDESA la atipicidad de su conducta, en base a que las contrataciones realizadas quedaron acreditadas mediante los correspondientes registros electrónicos en su página web y que, de conformidad con lo dispuesto en el *“Informe de supervisión del efectivo consentimiento del consumidor al cambio de comercializador”* (IS/DE/020/20), emitido con fecha 17 de febrero de 2022 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC (en adelante, *“Informe de 2022”*) para las contrataciones vía web *“En caso de otorgamiento del consentimiento mediante procedimientos telemáticos se verificará que se adjunta el correspondiente registro electrónico (al menos CUPS y dirección IP) del website del comercializador.”*

Señala ENDESA que ha dado pleno cumplimiento a ambos requisitos (CUPS e IP) que son los únicos exigibles conforme la propia CNMC, de lo que resulta la atipicidad de la conducta, y no solo respecto a los dos casos denunciados, sino, en general, puesto que el sistema diseñado al respecto obliga a que se produzca el indicado registro electrónico que contiene la mencionada información mínima.

Por ello, entiende ENDESA que las garantías adicionales de que quien introduzca los datos sea quien dice ser y, además, el titular efectivo del punto de suministro, y la aplicación de técnicas de verificación *a posteriori* del consentimiento del titular, que ahora pretende la CNMC, no son exigibles jurídicamente, sino que solo constituyen buenas prácticas que podrán, ciertamente, ser incorporadas en el futuro al ordenamiento jurídico mediante la correspondiente reforma normativa, pero, hasta el momento en el que tal incorporación tenga, en su caso, lugar, la no aplicación de las mismas no constituirá en ningún caso infracción administrativa, por vedarlo las más elementales exigencias del principio de legalidad.

Pues bien, al respecto, en primer lugar, reiterando lo señalado en la propuesta de resolución, debe significarse que la normativa vigente expresamente regula la obligación de los comercializadores de *“Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo con la normativa en vigor que resulte de aplicación”* (artículo 46 g. de la LSE), por lo que hay que remitirse a las normas del Código Civil, de Comercio y de protección a los consumidores de aplicación.

Así, la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* establece en su artículo 23 que los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez y que tales contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en la citada Ley, en los Códigos Civil y de Comercio y restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

Es decir, ENDESA, en su condición de comercializadora, debe cumplir sus obligaciones de contratación de acuerdo con el Código Civil, de Comercio y de Protección a los consumidores -con independencia de los criterios mínimos de revisión que se hayan apuntado en el informe de supervisión-, siendo su obligación asegurar que la contratación realizada es resultado de la voluntad del consumidor al que pretende activar un contrato de suministro frente a la distribuidora.

Dicha obligación de contratación conforme a la normativa en vigor es correlativa a los derechos de los consumidores en el ejercicio de dicha contratación por parte de las comercializadoras que se traducen en el derecho básico de los consumidores a elegir su suministrador establecido en el art. 44.1.1 c) de la LSE.

Por tanto, la ausencia de una norma reglamentaria que determine los concretos requisitos a los que se debe ajustar el procedimiento de contratación “*on line*” invocada por ENDESA para justificar la atipicidad de su conducta no resulta admisible. En esos mismos términos, la alegación de ENDESA llevaría al absurdo de entender que en la contratación “*on line*” las comercializadoras no están sujetas a obligación alguna y, correlativamente, los consumidores no tienen derecho alguno para poder efectuar esa contratación con pleno respeto a su reconocida libertad de elección del comercializador. Es más, con independencia de que se efectúe o no un desarrollo normativo más exhaustivo en beneficio de la seguridad jurídica y de la protección de los consumidores, lo que es incuestionable es que la ausencia de tal desarrollo normativo, en modo alguno justifica una ausencia tal de instrumentos de control por parte de los comercializadores que determinen directamente la inaplicación de los derechos que corresponden a los consumidores y de las obligaciones que recaen en esos comercializadores. En ese contexto normativo obligacional, corresponde ineludiblemente a esta Comisión examinar, en cada caso, si los instrumentos aplicados por los comercializadores han sido o no adecuados para el cumplimiento de los fines legalmente exigidos y, en su caso, la Comisión ostenta la potestad sancionadora para proscribir conductas que incumplan las medidas de protección a los consumidores que están establecidas legalmente. Es en el ejercicio de esta potestad sancionadora que esta Sala dicta la presente resolución.

En el presente caso, de los hechos probados ha resultado acreditado que el sistema de contratación “*on line*” utilizado por ENDESA permite que un tercero dé de alta a un consumidor sin su consentimiento, lesionando el derecho de estos a elegir comercializador.

Respecto de su sistema de contratación *on line*, justifica ENDESA que dicho sistema cumple los requisitos mínimos al constar el CUPS y la dirección IP en su registro electrónico. Sin embargo:

- en cuanto al CUPS se ha comprobado que el sistema simplemente ofrece al consumidor la posibilidad de aportar una factura para obtener la información de ésta, pero no lo hace obligatorio: “*si lo prefieres puedes introducir el CUPS o adjuntar una factura*”. Por tanto, no es necesario introducir el CUPS porque la aplicación de ENDESA no lo solicita. Sólo es necesario elegir una dirección de un conjunto de direcciones que se van ofreciendo según el consumidor va escribiendo y que pueden dar lugar a errores de forma generalizada
- en cuanto a la dirección IP, en ningún momento puede identificar a un consumidor, al identificar exclusivamente a un equipo o red desde el que se está

accediendo al servidor de ENDESA, con objeto de realizar el contrato. Además, el consumidor puede encontrarse físicamente en la dirección del punto de suministro que desea contratar o puede realizarlo desde otro lugar. Asimismo, por eficiencia en el uso de las direcciones IP, los proveedores de internet suelen ofrecer *IP dinámica* a los consumidores domésticos. La IP dinámica significa que ésta varía para un mismo *router* a lo largo del tiempo. En este sentido, es habitual que al reiniciar el *router*, se actualice la dirección IP. Como consecuencia, solamente con la intervención del proveedor de servicios de internet se puede conocer la dirección física a la que pertenece una dirección IP en un momento dado.

En resumen, la dirección IP no identifica al consumidor de modo fehaciente e inmediato. Es necesaria la intervención del proveedor de servicios de internet para que informe de la dirección a la que pertenece la dirección IP. Además, la contratación se puede realizar desde cualquier lugar, con lo que la dirección IP almacenada no identifica al punto de suministro.

En conclusión, 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. Presupuesto necesario de ello es la acreditación de la identidad del consumidor, deber inexcusable de la comercializadora.

De lo expuesto hasta el momento, es evidente, que el sistema de contratación utilizado y mantenido por ENDESA permite a cualquier persona, cuya identidad no se acredita, cambiar el contrato de otra únicamente seleccionando entre varios domicilios, sin que haya el más mínimo control, ni previo ni posterior, de que el cambio de suministrador responda a la voluntad del consumidor, posibilitando dar de alta a un consumidor sin su intervención. Téngase especialmente en cuenta que no está habilitado por ENDESA proceso alguno ulterior a la propia dinámica de solicitud “on line” de contacto con el consumidor titular del CUPS afectado por el cambio.

Es decir, el sistema de contratación de ENDESA:

- No garantiza la identidad de quien introduce los datos en el sistema. De hecho, en una de las denuncias que origina el presente sancionador, consta acreditado que la persona que supuestamente contrataba estaba fallecida desde hacía varios meses según denuncia de su propio hijo.

- No existe garantía alguna de que quien contrata sea el titular del punto de suministro al poder elegir en un desplegable una dirección por la que se dé de alta a un tercero.

El mantenimiento por ENDESA de dicho sistema de contratación lesiona el derecho legal a la libre elección del suministrador y a la formalización de un contrato de suministro, por lo que la conducta sancionada se subsume en la infracción tipificada en el artículo 65.25 de la LSE por incumplimiento de las medidas de protección al consumidor.

Finalmente, ha de señalarse que ENDESA no puede escudarse en el citado Informe de Supervisión elaborado por la CNMC para justificar el incumplimiento de las obligaciones que como comercializador le corresponden legalmente. Ello así resulta, además de que el enfoque del Informe de Supervisión del efectivo consentimiento parte del hecho de que no existe denuncia previa por parte del consumidor y efectúa una supervisión de mínimos respecto a la documentación. Así, se establece como requisitos mínimos que se adjunte el correspondiente registro electrónico (al menos CUPS y dirección IP) del *website* dando por hecho que ha existido un contacto con la comercializadora por parte de un cliente. Es decir, se acepta – y tiene asumida - la existencia de un contrato realizado por un cliente/consumidor.

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 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.

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 las obligaciones características de estos sujetos. Entre ellas, se encuentra la ya mencionada obligación de garantizar el derecho de los consumidores de elegir libremente su suministrador y de formalizar un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad. En definitiva, es obligación de ENDESA formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo con la normativa en vigor que le resulta de aplicación y, en particular, con las normas de concurrencia del

consentimiento del consumidor y restantes requisitos necesarios para la validez de los contratos electrónicos.

Ello comporta la necesidad de que ENDESA aplique, con carácter previo a la activación de cualquier contrato de suministro, los controles eficaces y suficientes que le permitan determinar la concurrencia de todos los requisitos y, como comercializador entrante, estar seguro de la voluntad del consumidor de suscribir contractualmente, en los términos exigidos en la norma.

En el presente caso, esta Sala comparte la consideración realizada por la instrucción en su propuesta relativa a que tales controles de ENDESA no alcanzan evidentemente tal certeza, por cuanto, queda acreditado – con los dos CUPS afectados – que la contratación y activación se produce en base a un sistema de contratación que permite a cualquier persona (cuya identidad no se acredita) cambiar el contrato a otra comercializadora sin intervención del titular del punto de suministro y, además, cuestión especialmente relevante en el contexto de hechos acreditados, ENDESA no dispone ningún mecanismo de comprobación de ninguna actuación *a posteriori* destinada a confirmar la efectiva voluntad de cambio por el titular del suministro por lo que, en caso de error, no hay forma alguna de evitar la activación errónea del contrato.

En el presente caso, lo cierto es que las activaciones de ENDESA traen causa de una “contratación electrónica” incorrectamente articulada y, además, carente de todo control *a posteriori*, lo que, incluso en un caso concreto lleva a ENDESA a realizar una contratación y actividad “tramitada” por persona fallecida en meses anteriores. De este modo, ENDESA con su intervención: (i) incumple su obligación como comercializadora de garantizar el derecho del consumidor a elegir el suministrador (vulnerando su concreto derecho a asegurar la concurrencia de un consentimiento eficaz y correctamente otorgado) y (ii) niega al consumidor su derecho a un concreto contrato de suministro (situando a los consumidores afectados como clientes suministrados con un total desconocimiento tanto de la empresa suministradora como de las condiciones generales y particulares que rigen).

En definitiva, ha resultado probado que el procedimiento de ENDESA permitía la selección de cualquier punto de suministro por un consumidor generando un riesgo evidente de contratación de suministros de terceros. Es decir, la falta de diligencia de ENDESA consiste en mantener un sistema de contratación que permite al consumidor realizar un contrato sobre un punto de suministro sin que el titular de dicho punto de suministro o CUPS lo haya pretendido. Lo anterior pone de manifiesto un déficit de garantías destinadas a asegurar, por un lado, la identidad del contratante, y por otro, si dicho contratante es el usuario de justo título del CUPS contratado.

Contrariamente a lo sostenido por ENDESA, lo cierto es que analizado detalladamente el sistema aplicado por esta empresa para la contratación *on line* no tiene implantadas las medidas pertinentes para verificar la identidad del titular cuya activación tramita, quedando acreditado que se ignora si los datos facilitados son de la persona que los facilita como suyos o de un tercero, sin que exista fase alguna de validación de dato alguno utilizado contractualmente, ni introducción de clave o pin. De hecho, así ha acontecido, como ha quedado probado en el expediente, que se activó un contrato a nombre de una persona fallecida.

En consecuencia, y por todo lo anterior, hay que apreciar ineludiblemente que ENDESA no tiene adoptadas en su sistema de contratación *on line* de suministro eléctrico las medidas que la diligencia impone mínimamente a un comercializador cuando pretende cambiar un contrato de suministro a su favor y, en concreto, aquellas que tienen por objeto acreditar siquiera la identidad de la persona que contrata con ella ni la dirección IP desde la que se genera. La anterior conclusión no se ve atenuada por el hecho de que haya mediado la posible actuación de un tercero, pues la responsabilidad de ENDESA no deriva de la actuación de éste, sino de la suya propia que permite tal intervención.

En el presente caso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, dichas medidas de protección al consumidor no han sido observadas por ENDESA en el marco de la política comercial que consciente y voluntariamente había diseñado y llevado a cabo en los términos definidos por los hechos probados. ENDESA es responsable con negligencia culpable por no poner los medios adecuados para evitar la comisión del hecho típico, sin que las alegaciones efectuadas a la incoación le exoneren de su responsabilidad.

Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción. Sanción que se formula, aplicable a la infracción cometida

En la Propuesta de Resolución ya se indicaba que ENDESA, como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier

momento anterior a la Resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

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

Pues bien, en el presente caso, una vez finalizado el plazo para alegaciones y con anterioridad a que se dicte la presente resolución, ENDESA ha manifestado su voluntad de abonar como pago voluntario con el 20% de reducción. Consta también la manifestación de la empresa de que ha desistido y renunciado a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. Igualmente, consta que con fecha 19 de enero de 2024 ENDESA ha procedido a pagar la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, por un importe de 120.000 euros, esto es, aplicando un 20% de reducción.

Sin embargo, ENDESA no ha realizado un reconocimiento de su responsabilidad durante la tramitación del procedimiento ni con anterioridad a la aprobación de la presente resolución. Esto es, en ningún momento ENDESA ha manifestado su voluntad ni ha exteriorizado su conformidad con la sanción propuesta ni con la asunción de responsabilidad respecto de los hechos probados, no resultando, por tanto, procedente la aplicación de la reducción del 20% correspondiente al apartado 1 del artículo 85 de la Ley 39/2015.

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. 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.

En los términos previstos en la propuesta de resolución, a la vista de los hechos probados, ni el grado de culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho –se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino en 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

concurrir 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 vuelve a dejar 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.

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 definición de un sistema de contratación *on line* defectuoso que puede propiciar equivocaciones por parte de los consumidores, sin que se aprecie un ánimo de inducir a error, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a ENDESA por un importe de ciento cincuenta mil (150.000) euros, respecto de la que aplica la reducción del 20% en los términos ya expuestos.

Contrariamente a lo señalado por ENDESA la no concurrencia de algunos de los criterios previstos en el artículo 67.4 de la LSE no determina la directa consideración de tales criterios como atenuantes, por cuanto tal y como expresa en la propia norma tales requisitos son configuradores de la graduación y no tienen la consideración ni de agravantes ni de atenuantes, en los términos ya reproducidos por la jurisprudencia.

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

RESUELVE

PRIMERO. — Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho séptimo, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. es responsable de una infracción 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. — Aprobar la reducción del 20% sobre la sanción de ciento cincuenta mil (150.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecida en el artículo 85, apartado 3, en relación con el apartado 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 20% a la cuantía de ciento veinte mil (120.000) euros, que ya ha sido abonada por ENDESA ENERGÍA, S.A.U.

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 RESOUCLIÓN SNC/DE/127/22

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.
2. Su objeto es poner de manifiesto que, siendo el presente voto concurrente en cuanto a la calificación de los actos como una infracción grave de la LSE, en opinión de este Consejero 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.

Resumen de los hechos recogidos en el expediente.

3. Con fecha 17 de junio de 2021, se realiza una contratación a favor de ENDESA por quien dice ser [CONFIDENCIAL]
4. Con fecha 18 de enero de 2022, se realiza una contratación a favor de ENDESA por quien dice ser [CONFIDENCIAL]
5. En los dos casos denunciados la contratación se hizo a través de internet y en ambos casos se recibieron las denuncias de los titulares de sendos suministros indicando que en ningún caso habían realizado dicha contratación.
6. Comprobado por los servicios de la Dirección de Energía la forma de contratación vía web de ENDESA se pone de manifiesto que el diseño de la web permite seleccionar el CUPS de suministro de cualquier dirección e, incluso, para el caso de edificios con más de una vivienda, se ofrece, mediante un desplegable contratar en cualquiera de los CUPS del edificio. De este modo, primero se identifica el punto de suministro: se introduce el código postal /localidad y en un desplegable, la aplicación va ofreciendo opciones de calles con número, piso y puerta. La aplicación va autocompletando la dirección según escribe el cliente. Finalmente, se selecciona la dirección de entre el conjunto de direcciones que presenta la aplicación con el evidente riesgo de confusión de las personas que acceden a dicho sistema de contratación. Alternativamente, el sistema ofrece al consumidor la posibilidad de aportar una factura para obtener la información de ésta: *“si lo prefieres puedes introducir el CUPS o adjuntar una factura”*.

7. Por tanto, no es necesario introducir el CUPS, la aplicación de ENDESA no lo solicita. Sólo es necesario elegir una dirección de un conjunto de direcciones que se van ofreciendo según el consumidor va escribiendo.
8. Dicho sistema de contratación no dispone, además, como mecanismo de comprobación de ninguna actuación a posteriori destinada a confirmar la efectiva voluntad de cambio por el titular del suministro por lo que, en caso de error, no hay forma alguna de evitar la activación errónea del contrato.

Calificación de la infracción en el expediente.

9. En los términos señalados en la propuesta de resolución, en el presente caso la conducta típica no es un cambio de suministrador sin consentimiento – considerado en otras resoluciones de esta CNMC como una conducta típica cubierta por la infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013-, sino, en puridad, la vulneración mediante un sistema de contratación online defectuoso, de la libre elección por parte de los consumidores de su suministrador y el correspondiente derecho a la formalización de un contrato de suministro con la empresa de su elección.
10. En este caso, por tanto, no es el resultado concreto –el cambio de suministrador sin consentimiento por CUPS cruzados- el que constituye la conducta típica, sino el diseño y mantenimiento de una página web para la contratación que permite con facilidad la contratación en nombre de otro y, en segundo lugar, la falta de controles, aun en grado mínimo, por parte de ENDESA para evitar la consolidación de los posibles errores. Con ello, se deja en manos de terceros la posibilidad de que un consumidor sin saberlo sea cambiado de suministrador, con evidente lesión de sus derechos.
11. Esta conducta es subsumible en la infracción grave tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, al lesionar dos derechos básicos del consumidor reconocidos en la citada Ley. A saber, impide la libertad de elección de suministrador, al permitir a un tercero el cambio de suministrador sin las garantías suficientes y el derecho a disponer de un contrato porque se pasa a ser suministrado por un contrato consentido por una persona ajena. Con ello, además, una vez activado el contrato dado de alta por un tercero, el consumidor desconoce las condiciones contractuales por las que se le suministra y también quién le está suministrando.
12. En suma, lo que se sanciona en el presente expediente no es el posible o concreto cambio de comercializador sin consentimiento, sino la vulneración por parte de una web de contratación mal diseñada por ENDESA que perjudica los derechos de los consumidores a la libre elección de comercializador y a la formalización de un contrato consagrados en el artículo 44.1 c y d) de la LSE. La

denuncia de los consumidores sólo sirve para poner de manifiesto que el riesgo creado se concretó en estos casos.

13. Por todo ello, el comportamiento de ENDESA ha de calificarse como de infracción grave, tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 y no como infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la citada Ley 24/2013.
14. 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 lo hechos probados.
15. Comparte igualmente este consejero las consideraciones realizadas refutando las alegaciones de ENDESA. Dichas consideraciones llevan a la Sala a concluir:

“De lo expuesto hasta el momento, es evidente, que el sistema de contratación utilizado y mantenido por ENDESA permite a cualquier persona, cuya identidad no se acredita, cambiar el contrato de otra únicamente seleccionando entre varios domicilios, sin que haya el más mínimo control, ni previo ni posterior, de que el cambio de suministrador responda a la voluntad del consumidor, posibilitando dar de alta a un consumidor sin su intervención. Téngase especialmente en cuenta que no está habilitado por ENDESA proceso alguno ulterior a la propia dinámica de solicitud “on line” de contacto con el consumidor titular del CUPS afectado por el cambio.

Es decir, el sistema de contratación de ENDESA:

- No garantiza la identidad de quien introduce los datos en el sistema. De hecho, en una de las denuncias que origina el presente sancionador, consta acreditado que la persona que supuestamente contrataba estaba fallecida desde hacía varios meses según denuncia de su propio hijo.
 - No existe garantía alguna de que quien contrata sea el titular del punto de suministro al poder elegir en un desplegable una dirección por la que se dé de alta a un tercero. “
16. 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. “

17. 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.
18. Por ello en su resuelve 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.

Respecto a la rebaja del tipo infractor a efectos de la multa.

19. 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.
20. La resolución concluye que teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida 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.
21. 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.
22. Tras enunciar el precepto legal de este apartado del artículo 67.3 la resolución concluye que:

“En los términos previstos en la propuesta de resolución, a la vista de los hechos probados, ni el grado de culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho

–se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino en 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.”

23. A juicio de este Consejero este argumento no puede ser aceptado por diferentes motivos.
24. En primer lugar, no analiza la resolución cuáles son los 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.
25. 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, falta de concurrencia del principio de tipicidad de la infracción, así como los referidos a la antijuridicidad de la conducta infractora, en los apartados tercero y cuarto de la resolución.
26. 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 la aplicación del precepto del artículo 67. 3 sería el referido al artículo 67.4. Esto es:

“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 definición de un sistema de contratación on line defectuoso que puede propiciar equivocaciones por parte de los consumidores, sin que se aprecie un ánimo de inducir a error, se considera adecuada la propuesta de sanción

formulada y establecer una multa a ENDESA por un importe de ciento cincuenta mil (150.000) euros”.

27. Se alude por tanto en la resolución erróneamente al artículo 67.4 de la Ley 24/2013 como indicador de las circunstancias que se han de analizar para tipificar la sanción, en lugar de para valorar su impacto. Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, se considera en la resolución 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.
28. Obvia el argumento utilizado la literalidad del artículo que refiere, esto es, que la cuantía de la sanción se impondrá dentro de los límites indicados para cada tipología de infracción “*En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados [...]*”. Por ello no cabe esgrimir este argumento como atenuante, o elemento de disminución de la antijuricidad o la culpabilidad, sino que en su caso se debería utilizar para establecer la cuantía de la sanción dentro del arco establecido para las infracciones graves.
29. Se contradice en este punto la resolución a este respecto cuando argumenta, para no aceptar las alegaciones de ENDESA, en referencia a la consideración como atenuantes de la no concurrencia de algunos de los elementos que el artículo 67.4 cita como moduladores del importe de la infracción

“Contrariamente a lo señalado por ENDESA la no concurrencia de algunos de los criterios previstos en el artículo 67.4 de la LSE no determina la directa consideración de tales criterios como atenuantes, por cuanto tal y como expresa en la propia norma tales requisitos son configuradores de la graduación y no tienen la consideración ni de agravantes ni de atenuantes, en los términos ya reproducidos por la jurisprudencia”. [énfasis añadido]
30. Como bien se argumenta la resolución, los requisitos establecidos en el artículo 67.4 son configuradores de la graduación [dentro de los límites indicados]. Por consiguiente, no pueden ser elementos que cualifiquen la tipicidad de la infracción que ha sido en acreditada como grave, ni tan siquiera a modo de agravantes o atenuantes.
31. Así, ante la falta de referencia a ningún elemento que modifique la culpabilidad (ni la antijuricidad) de la infracción, solo cabría imponer una sanción dentro del arco establecido para las sanciones graves. Apelar a la culpabilidad en grado de negligencia resultaría pertinente para valorar la cuantía de la sanción según los criterios del artículo 67.4 pero en ningún caso puede servir para cambiar el tipo

infractor a efectos de la determinación de la sanción. Hacerlo supone conculcar el principio de culpabilidad diluyéndolo en los criterios de proporcionalidad de la sanción, lo que conduce a la desnaturalización de la tipificación de la conducta.

32. En tercer lugar, se alude a la desproporción de la multa establecida para las sanciones graves en el artículo 67.1.b) para este caso particular. Para ello se argumenta que: “[...] *ni el grado de culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho – se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino en casos concretos- tienen la suficiente relevancia para justificar una sanción superior a los 600.000 euros sin incurrir en un evidente caso de desproporción.*”
33. La desproporción como argumento modulador del tipo sancionador, esta contemplada en el artículo 67.3 en referencia a las circunstancias económicas del infractor:

“ [...] 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”
34. En ningún caso establece el citado artículo la posibilidad de rebajar la consideración del tipo infractor a efectos de la sanción debida a la desproporción de la sanción atendido de grado de culpabilidad o de antijuridicidad. Sólo es posible apelar a la desproporción como elemento corrector en caso de analizar el impacto de la sanción atendida la situación económica del infractor, pero en ningún caso a la culpabilidad ni la antijuridicidad de la conducta.
35. No resulta ello posible porque aceptarlo supondría dejar a la total discrecionalidad del órgano administrativo independiente la consideración de la proporcionalidad de las sanciones establecidas por la ley para cada tipo infractor, cuando esta potestad recae en el legislador y así ha sido sido ejercida para establecer las cuantías de las sanciones para cada tipo infractor.
36. En resumen, al no realizarse, en el presente caso, el análisis de la desproporción de la sanción atendiendo la situación económica del infractor (por no corresponder a la situación económica de ENDESA), no haberse explicitado ninguna causa de cualificada disminución la culpabilidad del infractor, ni de la antijuridicidad de los hechos (por no existir), y habiendo quedado acreditada la tipicidad y la antijurídica de infracción como correspondiente a una infracción grave, no cabría sino imponer un sanción dentro del arco establecido para la infracciones graves (entre 600.001 y 6.000.000 de euros) atendiendo para su graduación a los elementos del artículo 67.4.

A tal efecto emito mi voto particular.