

# **RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD ENDESA ENERGÍA S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

(SNC/DE/063/23)

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

### **Presidente**

D.<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

### **Consejeros**

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

### **Secretaria**

D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 4 de abril 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. Actuaciones previas**

El 24 de febrero de 2023 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) Resolución del Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo empresarial del Gobierno de Aragón, junto con el expediente del que trae causa por la que resuelve la obligación de devolver a la denunciante, D<sup>a</sup> [CONFIDENCIAL] (D<sup>a</sup> A.), las cantidades derivadas de una suspensión de suministro no justificado a raíz de la denuncia presentada por la consumidora el 9 de marzo de 2022.

Así mismo procede a dar traslado de la denuncia de fecha 9 de marzo de 2022 en la que se pone de manifiesto en lo que aquí interesa que se le había dado de baja del suministro.

En la instrucción del indicado expediente se puso de manifiesto, a los efectos del presente expediente que:

- El 4 de enero de 2022 ENDESA ENERGIA S.A.U. (en adelante ENDESA), solicitó un cambio de comercializador con cambio de titularidad por traspaso, a favor de Dña. [CONFIDENCIAL] (Dª L.).
- El 2 de marzo de 2022 ENDESA solicitó la baja siendo usuaria de la energía Dña. L., que fue efectiva el 8 de marzo, dando lugar al corte de suministro.
- El 9 de marzo de 2022 ENDESA solicitó nueva alta en este CUPS, teniendo como usuario a D. [CONFIDENCIAL] (D. G.)

A la vista de los hechos recogidos en el escrito de denuncia y la Resolución del Servicio Provincial de Huesca, la CNMC procedió a la apertura de un periodo de información previa a fin de conocer las circunstancias del caso.

ENDESA atendió el requerimiento de información evacuado por la Comisión, resultando, entre otros, lo siguiente:

- Aportación de grabación telefónica, contrato firmado digitalmente y certificación, a través de la cuales queda plenamente acreditada el envío y la aceptación de la documentación a través de e-mail, referidas a la contratación de Dª L., así como la solicitud de baja cursada el 8 de marzo de 2022.
- Reconoce que en fecha 13 de enero de 2022, Dña. L, reclama que se le dio de alta un suministro que no le correspondía por lo que solicita se le desvincule del mismo y se le de alta el suministro correcto, lo cual no se realiza hasta el día 8 de marzo de 2022, provocando el corte de suministro de la denunciante.

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

El día 6 de octubre de 2023, 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 la incoación de un procedimiento sancionador contra ENDESA por presunto incumplimiento de las medidas de protección al consumidor, de acuerdo con el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Concretamente, ENDESA, dio de baja el contrato de suministro de Dª L. asignado erróneamente al CUPS [CONFIDENCIAL], y a pesar de haber sido debidamente informada de la existencia del indicado error, dejó sin contrato y con el consiguiente corte de suministro a la denunciante, que se vio obligada a realizar un nuevo contrato de suministro.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 9 de octubre de 2023. ENDESA accedió a la notificación al día siguiente, según obra en el expediente administrativo.

### **Tercero. Ampliación de plazo para alegaciones**

El 13 de octubre de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de ENDESA solicitando ampliación de plazo para efectuar alegaciones.

Mediante oficio de fecha 19 de octubre de 2023 se le otorgó la ampliación del plazo solicitado. ENDESA accedió el 20 de octubre de 2023 a la notificación electrónica puesta a su disposición el día 19.

### **Cuarto. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA S.A.U., al acuerdo de incoación.**

Con fecha 30 de octubre de 2023 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de alegaciones de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., en el que manifiesta resumidamente:

- Posible vulneración del principio de tipicidad por falta de determinación de las medidas de protección al consumidor que se pueden entender vulneradas. El artículo 44.1 c) de la Ley del Sector Eléctrico reconoce la libertad de elección del consumidor, pero no desarrolla ni establece medida alguna en relación con dicha libertad de elección. De hecho, se deduce que no puede quedar al arbitrio de la Administración pública qué medida de protección al consumidor corresponde a la citada libertad de elección por lo que no es posible sancionar de conformidad con el tipo previsto en el artículo 65.25.
- En segundo lugar, la baja del contrato se dio por la consumidora. Se niegan así expresamente los hechos del acuerdo de incoación.
- Para ENDESA simplemente hubo una reclamación una vez que la consumidora había solicitado contratar con ENDESA y había confirmado todos los datos necesarios para la contratación, entre ellos el propio CUPS [CONFIDENCIAL] que resultó coincidir con el de la reclamante, posteriormente tramitó la baja solicitada por la propia consumidora denunciante y por ello cortó el suministro.
- Posteriormente la otra consumidora, libremente, contrató el suministro de nuevo con ENDESA ENERGÍA sin que se viera obligada a ello por ninguna razón o motivo.

- Finalmente alega la falta de culpabilidad con que Endesa actuó ante la reclamación presentada, evitando o neutralizando cualquier posible perjuicio sobre los reales intereses de D<sup>a</sup> A. mediante el restablecimiento del suministro con total inmediatez, el mismo día de hacerse efectiva la baja -8 de marzo de 2022- y la devolución a su favor del importe total por los gastos ocasionados por la suspensión del suministro. Transferencia que se hizo efectiva el pasado 15 de junio de 2023.

### **Quinto. Propuesta de resolución**

El 20 de noviembre de 2023 la Directora de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

#### *“ACUERDA PROPONER*

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

*“PRIMERO. Declare que la empresa ENDESA ENERGÍA S.A.U. es responsable de una infracción grave del artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.*

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

El día 23 de noviembre de 2023, ENDESA ENERGÍA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 20, según obra en el expediente administrativo.

### **Sexto. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA S.A.U., a la propuesta de resolución.**

En fecha 11 de diciembre de 2023, ENDESA ENERGÍA presentó escrito de alegaciones donde manifiesta su oposición a la propuesta de resolución notificada. En el escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de la CNMC, manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- La reclamación efectuada por Doña L. el día 13 de enero de 2022 fue atendida, resultando improcedente tras ser analizada. Asimismo, los contratos realizados por ENDESA, tanto el inicial con Doña L. como el

posterior para la recuperación del suministro con D. G., cónyuge de la reclamante Doña A. fueron correctos.

- Puesto que el actual sistema operativo no permite descartar al 100% la existencia de errores en la asignación de CUPS, la confusión producida por los datos ofrecidos por un tercero derivada de la divergencia entre puntos de suministro y CUPS no es imputable a ENDESA, siendo totalmente ajena a su voluntad.
- La baja del contrato de suministro fue realizada a petición del consumidor, no imputable a ENDESA, como se afirma en la Propuesta de Resolución.
- La libertad de elección del consumidor no se vulnera en modo alguno, pues ha quedado acreditada la existencia de una contratación válidamente efectuada, con plena libertad de elección en cuanto al suministrador elegido y el inequívoco consentimiento otorgado por Doña A. respecto a la contratación de suministro con ENDESA.
- En el presente supuesto no concurre el principio de antijuridicidad del tipo infractor previsto en la Ley del Sector Público, pues ha existido una intervención de un tercero, lo que excluye de culpabilidad a ENDESA, siendo éste un requisito inherente a las infracciones administrativas conforme al artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- La conducta de ENDESA ha sido de voluntad de reparación a favor de Doña A. por los posibles perjuicios que ha podido sufrir, abonándose los costes de distribución a la interesada, siendo efectiva la devolución el 15 de junio de 2023.
- Dada la nula culpabilidad de ENDESA y la reparación del daño, el hecho que presuntamente motiva la incoación no es proporcional a la sanción de 75.000 euros, debiendo ésta ser reducida.

Por todo ello, ENDESA solicita que se declare el archivo del expediente y procedimiento sancionador. Subsidiariamente, solicita se fije la sanción en su grado más bajo posible atendiendo al principio de proporcionalidad.

### **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 15 de diciembre de 2023, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23.a) del Real Decreto 657/2013, de 30

de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

### **Octavo. Informe de la sala de competencia**

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

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

## **HECHOS PROBADOS**

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

**PRIMERO.** El día 4 de enero de 2022, Doña L.C.G contrata el suministro eléctrico para el domicilio [CONFIDENCIAL] con CUPS de luz [CONFIDENCIAL].

El día 13 de enero de 2022, Doña L. pone en conocimiento, mediante la correspondiente reclamación, de ENDESA que se ha dado de alta un suministro que no le correspondía por lo que solicita se le desvincule del mismo y se le de alta el suministro correcto. (copia literal del folio 78 del expediente). La citada reclamación no es atendida.

El suministro en el indicado CUPS correspondía a otra persona, concretamente a Doña A. Esta persona no tiene conocimiento de lo actuado por ENDESA. A petición de ENDESA se da de baja el contrato del que disponía con otra comercializadora.

El día 2 de marzo de 2022, Doña L., una vez que se le rechaza la reclamación, solicita a ENDESA la baja del contrato de suministro. Dicha baja se activa el 8 de marzo de 2022 por parte de la distribuidora E-DISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U. (folio 11 del expediente). Ese día, el CUPS de luz [CONFIDENCIAL] queda sin contrato vigente y se procede al corte de suministro.

El día 9 de marzo de 2022 Doña A. presenta reclamación ante el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial en la que pone de manifiesto (folio 65 del expediente) que se ha dado de baja el suministro y en el que solicita que se reponga el suministro sin coste económico.

Como se acredita en las facturas de la anterior comercializadora de Doña A. la dirección es la misma, y el CUPS [CONFIDENCIAL] (folio 66 del expediente).

Ese mismo día, 9 de marzo de 2022, por otra parte, el cónyuge de Doña A., Don G. solicita alta de suministro con ENDESA. En la misma se aprecia claramente el cobro de una cantidad de costes de la distribuidora lo que acredita la inexistencia en ese momento de contrato alguno en el citado CUPS (folio 16 del expediente).

El 22 de abril de 2022, se solicita cambio de comercializador por parte de Doña A. que regresa a su comercializador original antes del cambio de comercializador efectuado sin su consentimiento por parte de ENDESA. (folios 29 y 30 del expediente).

Por lo tanto, ENDESA procedió, primero a dejar sin contrato sin conocimiento ni consentimiento a Doña A. y, en segundo lugar, procedió a cortar el suministro al finalizar la relación contractual con Doña L.

**SEGUNDO.** En fecha 23 de febrero de 2023, el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial resuelve que la suspensión del suministro no estaba justificada y que ENDESA debe devolver los costes que estas suspensiones de suministro han ocasionado a Doña A. (folio 13 del expediente). Dicha devolución se hace efectiva el 15 de junio de 2023.

Esta Resolución contradice expresamente la afirmación de ENDESA de que la suspensión del suministro estuvo plenamente justificada (folio 130 del expediente). No consta que la Resolución indicada haya sido objeto de ningún tipo de recurso y ENDESA no ha procedido a discutir la citada conclusión en el marco de las actuaciones previas.

Queda probado que ENDESA además suspendió el suministro del citado CUPS de forma injustificada, obligando a Doña A. a proceder a una nueva alta del suministro, con los consiguientes gastos.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

De conformidad con lo previsto en los artículos 73.3 b) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento.

Asimismo, el artículo 14.1. b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“La Sala de Supervisión regulatoria conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de los artículos 6 a 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio y del informe previsto por el apartado 7 de su disposición adicional novena”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC.

## **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 tipifica como infracción grave *“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad 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”*.

En relación con este precepto resulta fundamental la referencia a los derechos de los consumidores establecidos por la normativa y, en concreto, en el presente procedimiento, el de libertad de elección de suministrador (art 44.1 c) de la Ley 65.25) y el derecho a la continuidad del suministro (artículo 52 de la Ley 24/2013).



Pues bien, tal y como ya se señaló en la propuesta, el hecho infractor procede de dos actuaciones sucesivas por parte de ENDESA. Habiendo dado de alta un suministro erróneo a favor de Doña L. que suponía la pérdida del contrato vigente que Doña A., procedió posteriormente a dar de baja el contrato a favor de Doña L., por lo cual el punto de suministro quedó sin contrato y se produjo la pérdida del suministro. En ningún momento, Doña A. conoció ni consintió la finalización de su contrato, así como la posterior suspensión del suministro.

En efecto, aun cuando pudiera llegarse a entender que concurrió un error inicial, no susceptible de ser sancionado, por haberse facilitado un CUPS idéntico<sup>1</sup>, la confusión de CUPS, en todo caso, fue puesta en conocimiento de ENDESA por parte de Doña L. desde el día 13 de enero de 2022. Así lo indica la propia ENDESA en las actuaciones previas al presente sancionador, ahora negadas en las alegaciones del presente procedimiento.

*“VIII.- En relación a las comunicaciones con el denunciante y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación les informamos de que:*

*- Con fecha 13/01/2022, Dña. L., reclama ya que se le dio de alta un suministro que no le correspondía por lo que solicita se le desvincule del mismo y se le de alta el suministro correcto”. (folio 78 del expediente)*

Esta reclamación fue resuelta por ENDESA, simplemente, indicando que la contratación había sido correcta. En las alegaciones al acuerdo de incoación indica que ENDESA solo reconoce que hubo una reclamación, pero niega sus propias palabras anteriores -el contenido de la reclamación en el que se le pone de manifiesto la confusión de CUPS- y se limita a decir que la contratación fue correcta sin asumir que en ese momento tuvo conocimiento de que había cambiado el contrato de una tercera persona con un comercializador diferente sin contar con el consentimiento de la misma, vulnerando con ello, la libertad de elección del consumidor y que, posteriormente, había procedido a cortar el suministro.

A pesar de conocer, por tanto, por la propia cliente, Doña L., que se había producido un cambio de comercializador erróneo y que afectaba a un tercero ajeno, ENDESA procedió a tramitar la baja del contrato de suministro de Doña

---

<sup>1</sup> No obstante, resulta relevante señalar que en la grabación de la contratación (folio 80) Dña. L. no ha facilitado el meritado CUPS, sino que la consumidora manifiesta expresamente que no sabe lo que es el CUPS y, ante ello, indica únicamente a ENDESA un domicilio con eventual difícil audición de la letra del inmueble. Asimismo, durante la grabación de la contratación, Dña. L. también manifiesta reiterada y expresamente a ENDESA ser la titular actual del contrato, esto es, manifiesta su voluntad de realizar un cambio de suministrador pero sin cambio de titular.

L. lo que tuvo como consecuencia que el citado CUPS se quedara sin contrato y sin suministro eléctrico, toda vez que el inicial contrato de Doña A. ya estaba dado de baja desde el 4 de enero de 2022, sin conocerlo ni consentirlo. Una vez que se dio de baja el único contrato existente a favor de Doña L. el citado CUPS se quedó sin contrato y sin suministro.

El hecho de que posteriormente el cónyuge de Doña A. contratara con ENDESA de forma válida no sana el vicio de la finalización del contrato anterior sin su consentimiento. Tal y como obra en el expediente (folio 135) este contrato fue consecuencia directa del indebido corte de suministro efectuado previamente y como medida de solución, dada la imposibilidad de contratar que tenía Dña. A.

Esta conducta no solo constituye un cambio de comercializador sin consentimiento, que encajaría, por sí sola, en el tipo de infracción leve recogido en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, sino que realmente supone generar una lesión a un consumidor -privarle, primero de contrato sin su consentimiento y segundo, privarle injustificadamente de suministro eléctrico- que supone desconocer los mínimos derechos de los consumidores.

Alega ENDESA que no puede haber cometido la indicada infracción porque no ha vulnerado ninguna medida de protección al consumidor establecida en la ley y/o en la normativa de desarrollo.

Tal afirmación no se puede compartir. ENDESA con la actuación que consta en los hechos probados ha desconocido un elemento fundamental de los derechos de los consumidores, en concreto, el de libertad de elección de suministrador (art 44.1 c) de la Ley 24/2013) y no ha tenido en cuenta las medidas para evitar la lesión del derecho a la continuidad del suministro recogido en el artículo 52 de la Ley 24/2013.

En efecto, este cambio de comercializador sin consentimiento -la finalización del contrato de D<sup>a</sup> A.- conllevó además la suspensión del suministro de modo injustificado.

Las normas que regulan la suspensión del suministro tienen la condición de medidas de protección del consumidor porque van dirigidas justamente a garantizar el derecho a la continuidad del suministro que forma parte del derecho a la libre elección de suministrador y al acceso a las redes, consagrados en el artículo 44 de la Ley 24/2013.

En definitiva, en este sentido el tipo que ha de aplicarse en estos casos solo puede ser el previsto en el artículo 65.25 de la misma norma que concurre plenamente en el presente caso.

## **Cuarto. Culpabilidad de ENDESA ENERGÍA S.A.U., en la comisión de la infracción**

### a) Consideraciones generales

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

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

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

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

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

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

### b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

La diligencia que es exigible a un 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 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.

ENDESA procedió a tramitar la contratación del suministro de electricidad a nombre de Doña. L. En ese momento, aun cuando Doña. L. manifiesta ser la actual titular del suministro y que el CUPS es directamente aportado por ENDESA tras su indicación de un específico domicilio, se podría llegar a entender que ENDESA desconocía la situación de confusión de CUPS generado. Sin embargo, desde el día 13 de enero de 2022 - cuando se procede por parte de Doña L. a comunicarle mediante la correspondiente reclamación que se había producido un error en la contratación del suministro - ENDESA ya conoce indiscutiblemente la referida confusión de CUPS y cuando responde a Doña L. que la contratación ha sido válida y correcta actúa de forma inexcusablemente negligente puesto que, en ese momento, debía haber puesto en marcha los medios necesarios para evitar los hechos que suceden posteriormente.

Además, cuando, tras la indicada contestación, Doña L. procedió a solicitar la baja del contrato, para poder posteriormente contratar su suministro de forma correcta, la tramitación de la baja misma suponía de forma inexorable que ENDESA dejaría sin contrato alguno al CUPS con el consiguiente corte de suministro de Doña A., que se vio obligada para reponer el suministro, dando de alta de nuevo el suministro con el correspondiente coste, lo que haría su cónyuge al día siguiente.

Así queda todo lo anterior expresamente indicado por la Resolución de la Administración autonómica competente.

Si bien es cierto que aunque no se apreciara mala fe por parte de ENDESA al atender la solicitud cursada por Doña L. de dar de baja un contrato y el posterior corte de suministro, esta circunstancia no justifica que, en su actuación, ENDESA

desconociera conscientemente las consecuencias que dicha baja del suministro iba a comportar para otro consumidor ajeno.

ENDESA podía haber atendido la solicitud de Doña L. sin proceder directamente a dar de baja el suministro del contrato asociado al CUPS de la otra consumidora 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.

Así pues, ENDESA incurrió en un error en la contratación inicial por la confusión en la titularidad de un mismo CUPS, con el consecuente claro perjuicio para dos consumidores, pero, es más, una vez que tuvo conocimiento de esta situación - a través de la reclamación de Doña L.- no procedió, por inexcusable negligencia, a adoptar las medidas oportunas para evitar dejar sin contrato y sin suministro eléctrico a Doña A. que desconocía, incluso, la situación, incurriendo con ello en un absoluto desconocimiento de la libertad de elección de los consumidores al no adoptar las medidas básicas para garantizar la protección de sus derechos.

El hecho de que el cónyuge de Doña A. contratara el suministro -con la nueva alta- con ENDESA es ajeno a esta situación y, de hecho, poco más de un mes después el consumidor se dio de baja. Tampoco obsta a la negligencia que es objeto de sanción, que ENDESA haya devuelto el coste del alta en la distribuidora, sobre todo, cuando -como oculta sesgadamente en las alegaciones- lo hizo a resultas de la Resolución de la Administración autonómica competente.

Véase en este sentido que ENDESA en la cumplimentación del requerimiento de información evacuado en las actuaciones previas (folios 77 a 79) ya reconoce que tras el análisis de la reclamación se encuentra en proceso la revisión de los procedimientos de calidad para la mejora de las contrataciones. Esta Sala asimismo comparte la necesidad de revisión de los procesos implementados para evitar estas circunstancias en las que se proceda a cambiar un suministro sin consentimiento de su titular y, desde luego, que se proceda a cortar un suministro teniendo constancia indubitada del error anterior.

Por tanto, ha de concluirse que concurre la necesaria culpa en la actuación de ENDESA para poder sancionarle.

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

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de hasta 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave. No obstante, la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra

de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013), en este caso, superior a los cien millones de euros.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:

- 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.

En el presente caso, 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 del grado de culpabilidad y de la antijuridicidad del hecho se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino para un caso concreto y que se entiende no tiene 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.

Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras- según se ha desarrollado en anteriores fundamentos de esta resolución- y en la comisión de la infracción en grado de negligencia, se propone una multa de 75.000 euros, al estimarse proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes.

En definitiva, esta Sala considera que ha quedado acreditado 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.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, la Directora de Energía de la CNMC

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** - Declarar que ENDESA ENERGÍA, S.A.U. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de las medidas de protección al consumidor.

**SEGUNDO.** - Imponer a ENDESA ENERGÍA S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa por importe de setenta y cinco mil (75.000) euros.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía de la CNMC y notifíquese a la interesada.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.



## **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON CARLOS AGUILAR PAREDES A LA RESOLUCIÓN SNC/DE/063/23**

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 ni concurrir ninguna de las circunstancias de desproporción de la sanción establecidas en el artículo 67.3 de la LSE. Por consiguiente, la multa impuesta debería estar dentro del arco establecido por la LSE para las infracciones graves.

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

3. De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS en el procedimiento sancionador los que se citan a continuación:
4. . El día 4 de enero de 2022, Doña L. contrata el suministro eléctrico para el domicilio [CONFIDENCIAL] con CUPS de luz [CONFIDENCIAL].
5. El día 13 de enero de 2022, Doña L. pone en conocimiento, mediante la correspondiente reclamación, de ENDESA que se ha dado de alta un suministro que no le correspondía por lo que solicita se le desvincule del mismo y se le de alta el suministro correcto. (copia literal del folio 78 del expediente). La citada reclamación no es atendida.
6. El suministro en el indicado CUPS correspondía a otra persona, concretamente a Doña A. Esta persona no tiene conocimiento de lo actuado por ENDESA. A petición de ENDESA se da de baja el contrato del que disponía con otra comercializadora.
7. El día 2 de marzo de 2022, Doña L., una vez que se le rechaza la reclamación, solicita a ENDESA la baja del contrato de suministro. Dicha baja se activa el 8 de marzo de 2022 por parte de la distribuidora E-DISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U. (folio 11 del expediente). Ese día, el CUPS de luz [CONFIDENCIAL] queda sin contrato vigente y se procede al corte de suministro.

8. El día 9 de marzo de 2022 Doña A. presenta reclamación ante el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial en la que pone de manifiesto (folio 65 del expediente) que se ha dado de baja el suministro y en el que solicita que se reponga el suministro sin coste económico.
9. Como se acredita en las facturas de la anterior comercializadora de Doña A. la dirección es la misma, y el CUPS [CONFIDENCIAL] (folio 66 del expediente).
10. Ese mismo día, 9 de marzo de 2022, por otra parte, el cónyuge de Doña A., Don G. solicita alta de suministro con ENDESA. En la misma se aprecia claramente el cobro de una cantidad de costes de la distribuidora lo que acredita la inexistencia en ese momento de contrato alguno en el citado CUPS (folio 16 del expediente).
11. El 22 de abril de 2022, se solicita cambio de comercializador por parte de Doña A. que regresa a su comercializador original antes del cambio de comercializador efectuado sin su consentimiento por parte de ENDESA. (folios 29 y 30 del expediente).
12. Por lo tanto, ENDESA procedió, primero a dejar sin contrato sin conocimiento ni consentimiento a Doña A. y, en segundo lugar, procedió a cortar el suministro al finalizar la relación contractual con Doña L.
13. En fecha 23 de febrero de 2023, el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial resuelve que la suspensión del suministro no estaba justificada y que ENDESA debe devolver los costes que estas suspensiones de suministro han ocasionado a Doña A. (folio 13 del expediente). Dicha devolución se hace efectiva el 15 de junio de 2023.
14. Esta Resolución contradice expresamente la afirmación de ENDESA de que la suspensión del suministro estuvo plenamente justificada (folio 130 del expediente). No consta que la Resolución indicada haya sido objeto de ningún tipo de recurso y ENDESA no ha procedido a discutir la citada conclusión en el marco de las actuaciones previas.
15. Queda probado que ENDESA además suspendió el suministro del citado CUPS de forma injustificada, obligando a Doña A. a proceder a una nueva alta del suministro, con los consiguientes gastos.

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

16. En los términos señalados en la propuesta de resolución, en el presente caso la conducta típica consistió en un cambio de comercializador sin consentimiento del titular de la línea y posteriormente en la baja del suministro (incluido el corte de suministro) sin consentimiento de la titular de la línea.
17. La resolución concluye que el hecho infractor procede de dos actuaciones sucesivas por parte de ENDESA. Habiendo dado de alta un suministro erróneo a favor de Doña L. que suponía la pérdida del contrato vigente que Doña A., procedió posteriormente a dar de baja el contrato a favor de Doña L., por lo cual el punto de suministro quedó sin contrato y se produjo la pérdida del suministro. En ningún momento, Doña A. conoció ni consintió la finalización de su contrato, así como la posterior suspensión del suministro.
18. Estos extremos se recogen expresamente en la resolución:

“Esta conducta no solo constituye un cambio de comercializador sin consentimiento, que encajaría, por sí sola, en el tipo de infracción leve recogido en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, sino que realmente supone generar una lesión a un consumidor -privarle, primero de contrato sin su consentimiento y segundo, privarle injustificadamente de suministro eléctrico- que supone desconocer los mínimos derechos de los consumidores. [...]

Las normas que regulan la suspensión del suministro tienen la condición de medidas de protección del consumidor porque van dirigidas justamente a garantizar el derecho a la continuidad del suministro que forma parte del derecho a la libre elección de suministrador y al acceso a las redes, consagrados en el artículo 44 de la Ley 24/2013.

En definitiva, en este sentido el tipo que ha de aplicarse en estos casos solo puede ser el previsto en el artículo 65.25 de la misma norma que concurre plenamente en el presente caso. “

19. 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.
20. Por todo ello, el comportamiento de ENDESA es calificado 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.
21. 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.

22. Comparte igualmente este consejero las consideraciones realizadas refutando las alegaciones de ENDESA respecto a la falta de concurrencia de antijuricidad y de culpabilidad de su conducta. Dichas consideraciones llevan a la Sala a concluir la culpabilidad de la infracción en los términos siguientes:

“Así pues, ENDESA incurrió en un error en la contratación inicial por la confusión en la titularidad de un mismo CUPS, con el consecuente claro perjuicio para dos consumidores, pero, es más, una vez que tuvo conocimiento de esta situación -a través de la reclamación de Doña L.- no procedió, por inexcusable negligencia, a adoptar las medidas oportunas para evitar dejar sin contrato y sin suministro eléctrico a Doña A. que desconocía, incluso, la situación, incurriendo con ello en un absoluto desconocimiento de la libertad de elección de los consumidores al no adoptar las medidas básicas para garantizar la protección de sus derechos.

El hecho de que el cónyuge de Doña A. contratara el suministro -con la nueva alta- con ENDESA es ajeno a esta situación y, de hecho, poco más de un mes después el consumidor se dio de baja. Tampoco obsta a la negligencia que es objeto de sanción, que ENDESA haya devuelto el coste del alta en la distribuidora, sobre todo, cuando -como oculta sesgadamente en las alegaciones- lo hizo a resultas de la Resolución de la Administración autonómica competente.

Véase en este sentido que ENDESA en la cumplimentación del requerimiento de información evacuado en las actuaciones previas (folios 77 a 79) ya reconoce que tras el análisis de la reclamación se encuentra en proceso la revisión de los procedimientos de calidad para la mejora de las contrataciones. Esta Sala asimismo comparte la necesidad de revisión de los procesos implementados para evitar estas circunstancias en las que se proceda a cambiar un suministro sin consentimiento de su titular y, desde luego, que se proceda a cortar un suministro teniendo constancia indubitada del error anterior.

Por tanto, ha de concluirse que concurre la necesaria culpa en la actuación de ENDESA para poder sancionarle.”

23. La resolución es por consiguiente categórica al señalar, tras así argumentarlo y sostenerlo en base a los hechos probados, la tipicidad y la antijuricidad de la, así como la culpabilidad de ENDESA ENERGIA en la comisión de la conducta sancionada.

24. Por ello en su Resuelve primero declarar que 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, resuelve compartido por este consejero.

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

25. 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.
26. 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.
27. 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.
28. Tras enunciar el precepto legal de este apartado del artículo 67.3 la resolución concluye que:

“A la vista de los hechos probados y aun siendo relevante la negligencia culpable que concurre en este caso, es cierto que del grado de culpabilidad y de la antijuridicidad del hecho se produjo un riesgo que no ha generado un daño generalizado, sino para un caso concreto y que se entiende no tiene 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. “

29. A juicio de este Consejero este argumento no puede ser aceptado por diferentes motivos.
30. En primer lugar, no analiza la resolución cuales 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.
31. 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 antijuridicidad 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.
32. En segundo lugar, se alude al artículo 67.4 de la Ley 24/2013 para valorar la cuantía de la sanción, reflejándose en los términos siguientes:
- “Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:
- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente La importancia del daño o deterioro causado
  - b) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro
  - c) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
  - d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma
  - e) 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.
  - f) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico
  - g) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.

En el presente caso, 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.”

33. 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. A este respecto el redactado del artículo 67.4 así lo expresa en los términos siguientes:

“4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios: [...]”

34. Por ello no cabe esgrimir la falta de concurrencia de circunstancias que revistan especial gravedad 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.
35. 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.
36. 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 antijuricidad 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.*”
37. Dado que no se identifica en la resolución la concurrencia de elementos mitigantes de la culpabilidad o la antijuricidad del hecho sancionado, el único argumento sobre el que se sustentaría la aplicación del artículo 67.3 resultaría el referido a la proporcionalidad de la sanción. Queda recogida en la resolución la alusión a esta desproporción en los términos siguientes:

“Por todo lo expuesto, considerando el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras- según se ha desarrollado en anteriores fundamentos de esta resolución- y en la comisión de la infracción en grado de negligencia, se propone una multa de 75.000 euros, al estimarse



proporcional en atención a la conducta infractora y demás circunstancias concurrentes.”.

38. La desproporción como argumento modulador del tipo sancionador, está contemplada expresamente en el artículo 67.3 en referencia a las circunstancias económicas del infractor de forma muy concreta y limitada:

“ [...] 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”

39. En ningún caso establece el citado artículo la posibilidad de rebajar la consideración del tipo infractor a efectos de la sanción debido 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 sobre la situación económica del infractor, pero en ningún caso a la culpabilidad ni la antijuridicidad de la conducta.
40. 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 la potestad para establecer las cuantías de las sanciones para cada tipo infractor recae en el legislador y así ha sido ejercida.
41. La protección de los consumidores y la prevención de acciones unilaterales como la sancionada, que llevaron al corte del suministro, han sido previstas en la LSE estableciendo su incumplimiento dentro las infracciones graves. La ley establece un amplio margen para sancionar estas infracciones, acorde a la valoración de las circunstancias recogidas en el artículo 67.4, entre los 600.001 y los 6 Millones de euros.
42. El objetivo declarado de tal tipificación y de tales sanciones es conferir de una protección expresa a los consumidores que prevenga que se produzcan situaciones que pueden derivar en actuaciones unilaterales de la comercializadora cuyas consecuencias llegan, como en este caso, al corte del suministro. Es la cuantía de las multas que la LSE ha estimado como proporcionada para sancionarlas la que supone, además de un elemento punitivo por las acciones realizadas, un incentivo a tomar todas las medidas que la ley establece para la correcta protección de los consumidores.
43. No atribuye la ley a esta comisión la capacidad de valor la proporcionalidad de las multas propuestas para los diferentes tipos de infracción en función de su

propio criterio de proporcionalidad, salvo en caso de que la sanción pueda afectar gravemente a sus cargas familiares, circunstancias personales o económicas del infractor, situación que no concurre en este caso.

44. En resumen, al no realizarse, en el presente caso el análisis de la desproporción de la sanción atendiendo a 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 antijuridicidad de los hechos (por no existir) y, habiendo quedado acreditada la tipicidad y la antijurídica de infracción como correspondiente a una infracción grave, este Consejero considera que se debería 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 de la LSE.

A tal efecto emito mi voto particular.