

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD ENDESA ENERGÍA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE INFORMACIÓN EXIGIBLE EN LAS FACTURAS

(SNC/DE/079/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 31 de octubre 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. Requerimiento de información en el marco de la supervisión del cumplimiento de la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Con fecha 17 de octubre de 2022 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la de 24 de junio de 2021, por la que se determina la información necesaria que deben contener los códigos QR para acceder al comparador de ofertas de gas y electricidad de la CNMC, que han de incluirse en la factura de electricidad (en adelante, la Resolución), y la información a incluir en los vínculos en las facturas electrónicas, entrando en vigor el 17 de noviembre de 2022.

Mediante oficio de la Directora de Energía de 1 de febrero de 2023, en el ejercicio de sus competencias de instrucción de los expedientes y, en concreto, mediante la habilitación del apartado g) del artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC que atribuye específicamente a la Dirección de Energía de la CNMC la competencia para “Requerir la información y realizar las inspecciones necesarias para llevar a cabo la correcta supervisión de los sectores de electricidad y gas natural en las materias previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”, se procedió a requerir la siguiente información a ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante, ENDESA ENERGÍA) con el fin de comprobar la correcta adecuación de los códigos QR/vínculos de las facturas de electricidad a la Resolución:

“La última factura de electricidad emitida a 10 clientes, de forma que se incluyan distintos tipos de contrato de los que se hacen referencia en la tabla 3 de la mencionada Resolución; facturas con y sin la financiación del mecanismo de ajuste definido en el RD-I 10/2022; facturas con y sin energía verde; y facturas con y sin revisión de precios dentro del periodo, en caso de comercializadoras en mercado libre, o la última factura de electricidad emitida a 5 clientes, en el caso de comercializadoras de referencia”.

Con fecha 3 de marzo de 2023, ENDESA ENERGÍA remitió la información solicitada y, manifiesta, en lo que aquí interesa, que le ha resultado imposible acometer los cambios necesarios para su adaptación a la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuya entrada en vigor era el 17 de noviembre de 2022 y, que retrasa la implantación hasta junio de 2023.

Segundo. Segundo requerimiento de información en el marco de la supervisión del cumplimiento de la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El 12 de mayo de 2023 se efectuó a ENDESA ENERGÍA un segundo requerimiento de información consistente en la remisión de la última factura de electricidad emitida a 5 clientes con peaje de acceso 2.0TD, de forma que se incluyan distintos tipos de contrato de los que se hacen referencia en la Resolución; facturas con y sin la financiación del mecanismo de ajuste definido en el Real Decreto-ley 10/2022; facturas con y sin energía verde; y facturas con y sin revisión de precios dentro del periodo, en las que se haya subsanado lo señalado en el apartado III. En este segundo requerimiento se pone de manifiesto que la no adaptación de las facturas a la Resolución podría constituir una infracción leve tipificada en el artículo 66.5 de la Ley del Sector Eléctrico.

En fecha 5 de junio de 2023 ENDESA ENERGÍA procedió a aportar la información requerida. En el escrito presentado tras reiterar lo indicado en su escrito de 3 de marzo sobre la imposibilidad de adaptar los cambios en el código QR/vínculo de la factura en cumplimiento de la Resolución, indica que:

“Endesa Energía se ha visto obligada a aplazar la implementación de los parámetros del QR establecidos en la Resolución de la CNMC 6 de octubre de 2022, que actualmente está prevista a partir de la semana del 26 de junio de 2023. Endesa Energía está llevando a cabo sus mejores esfuerzos para realizar esta adaptación del QR en el plazo más breve posible”.

Tercero. Actuaciones posteriores al segundo requerimiento de información.

En fecha 29 de septiembre de 2023, ENDESA ENERGÍA aporta cuatro facturas de otros tantos CUPS emitidas en los días finales de septiembre en los que se ha procedido a la adaptación a lo indicado en la Resolución.

En fecha 10 de octubre de 2023 se recibió correo electrónico en el buzón de información del comparador web de la CNMC por parte de un consumidor en el que se pone de manifiesto que el código QR/vínculo en las facturas de ENDESA ENERGÍA “no funcionan como es debido y no dan información sobre comparaciones ni potencia máxima utilizada”.

Tras varios correos electrónicos, el consumidor aporta el 14 de noviembre y 12 de diciembre de 2023 tres facturas de ENDESA ENERGÍA emitidas el 1 de septiembre, el 2 de noviembre y 12 de diciembre de 2023. En ellas, se puede comprobar en el PDF remitido que el código QR/vínculo no cumple con lo exigido en la Resolución por lo que el consumidor no puede acceder a la herramienta de la CNMC con sus datos de consumo para entender su factura.

Cuarto. Incoación del procedimiento sancionador

El 4 de marzo de 2024, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Directora de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra ENDESA ENERGÍA como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 66.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico), por el incumplimiento de los comercializadores de cualquier requisito de información exigible en sus facturas.

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 5 de marzo de 2024. ENDESA ENERGÍA accedió a la notificación el 7 del mismo mes, según obra en el expediente administrativo.

Quinto. Ampliación de plazo para alegaciones y no presentación de alegaciones al acuerdo de incoación.

El 14 de marzo de 2024 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de ENDESA ENERGÍA solicitando ampliación de plazo para efectuar alegaciones.

Mediante oficio de fecha 14 de marzo de 2024 se le otorgó la ampliación del plazo solicitado. ENDESA ENERGÍA accedió el 14 de marzo de 2024 a la notificación electrónica puesta a su disposición el día 13.

Transcurrido ampliamente el plazo de alegaciones sin que se hubieran recibido las mismas, se procedió a continuar con la tramitación del procedimiento sancionador, formulando propuesta de resolución.

Sexto. Propuesta de resolución

El 13 de mayo de 2024 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.- *Es responsable de la comisión de una infracción leve del artículo 66.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la de 24 de junio de 2021, por la que se determina la información necesaria que deben contener los códigos QR para acceder al comparador de ofertas de gas y electricidad de la CNMC, que han de incluirse en la factura de electricidad*

SEGUNDO.- *Imponga a la sociedad ENDESA ENERGIA, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de 600.000 euros por la comisión de la citada infracción grave (sic leve).”*

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 14 de mayo de 2024 a las 13:37:03 horas, ENDESA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día anterior, según obra en el expediente administrativo.

Séptimo. Alegaciones de ENDESA ENERGÍA a la propuesta de resolución

Con fecha 30 de mayo de 2024, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENDESA, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que las tres facturas aportadas al expediente sí recogen la obligación señalada en el apartado sexto de la Resolución CNMC de 6 de octubre de 2022 por cuanto incluyen un código QR y, asimismo, la URL “comparador” que permite el acceso al comparador de la CNMC sin ningún tipo de restricción para que el cliente pueda llevar a cabo las gestiones oportunas necesarias para acceder a la totalidad de las ofertas publicadas y también realizar las comparativas oportunas.
- Respecto a la importancia del daño, que el hecho de que el QR pudiera tener problemas de accesibilidad no se traduce en una privación de forma completa a los clientes a la comparativa de precios puesto que la posibilidad sigue existiendo, accediendo desde el enlace <https://comparador.cnmc.gob.es> que aparece en facturas en el apartado de información para el consumidor.
- Respecto al beneficio obtenido, (i) que el redondeo injustificado del beneficio máximo teórico a 4.000.000 euros determina que la infracción no debería superar los 583.843,95 euros; (ii) que no se determina el dónde y el cómo se ha extraído el dato “accesos erróneos”, lo que conlleva falta de motivación de la propuesta. Además, este dato incluye una discrecionalidad respecto del cálculo del supuesto beneficio dado que resulta necesario acreditar que el número señalado se corresponde con acceso únicos de clientes a través del comparador y que se corresponden con sus facturas. Igualmente se alega inexistencia de justificación dado que hasta la fase de propuesta de resolución *“no se ha identificado en qué incumplimiento habría incurrido mi representada y qué presuntas infracciones habría cometido, haciendo una remisión genérica a normas sustantivas supuestamente infringidas, lo que ha supuesto una clara vulneración del art.48 de la Ley 39/2015 ... y, por ende, del art.24 de nuestra Carta Magna.*
- Respecto de la graduación de la sanción y el principio de proporcionalidad, que es especulativo y de solidez insuficiente imponer la sanción máxima sobre la base de evidencias no acreditadas y sobre la idea de que si el QR hubiera sido correcto todo acceso erróneo hubiera acabado en un cambio a otra comercializadora.
- Que a ENDESA ENERGÍA *“le resultó imposible adaptar el QR en tiempo en las fechas anunciadas no por desidia ni de manera intencionada ni voluntaria sino que, como consta, se hicieron grandes esfuerzos, y en ello se sigue trabajando actualmente, priorizando todas las medidas para solventar la incidencia lo antes posible, para correcta adecuación de los códigos QR/vínculos de las facturas de electricidad al mandato de la Resolución”.*

- *“ENDESA ha reconocido que por las dificultades para la implementación en las facturas interesadas el acceso podía no ejecutarse correctamente en todos los casos, pero no es menos cierto que se ha priorizado aquella implantación y se ha trabajado arduamente y con diligencia para que el QR tuviese la funcionalidad esperada.”*
- Que *“no es proporcional ni adecuado al sistema de graduación de sanciones previsto en la Ley 34/2013, la imposición de una sanción de 600.000 euros ni tampoco la valoración realizada del supuesto beneficio y daño causado que, en todo caso, se discute habida cuenta la indefinición de los datos utilizados al respecto y la falta de acreditación de los mismos”*.
- Los criterios del art.67.4 de la LSE, letras b) y d) deben reputarse como atenuantes por cuanto el daño ocasionado no se encuentra determinado al existir solo una reclamación acreditada.
- La Administración tiene la obligación de aplicar la medida menos restrictiva, valorando la idoneidad y necesidad, resultando incuestionable que la infracción solo puede ser sancionada con una multa por el importe mínimo dentro de la escala establecida para las infracciones leves: no ha existido intencionalidad ni se ha obtenido beneficio de los hechos acaecidos y que se ha procedido a la reparación total del perjuicio subsanando la funcionalidad del QR en las facturas del reclamante.
- Se propone la apertura del procedimiento a prueba, proponiendo la aportación de la CNMC de las evidencias necesarias que permitan acreditar que cada acceso es único por cliente, así como los accesos por factura y cliente.

Por todo ello, ENDESA ENERGÍA:

- Solicita que se dicte resolución por la que se acuerde imponer una sanción leve en su grado bajo.
- Ante la falta de evidencias que no permiten acreditar el supuesto beneficio de ENDESA ENERGÍA, solicita la práctica de la prueba con el objetivo de que se proceda a aportar por la CNMC las evidencias necesarias que permitan acreditar que cada acceso es único por cliente, así como los accesos por factura y cliente.
- Solicita acogerse a la reducción del 20% por pronto pago establecida en el art. 85.2 de la Ley 39/2015, y la emisión del correspondiente MODELO como documento de ingreso para poder efectuar el pago.

Tras la remisión el 18 de julio de 2024 del correspondiente modelo emitido, consta justificante del pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (20%) por 480.000 euros con fecha valor de ingreso del 29 de julio de 2024, según documentación presentada por ENDESA ENERGÍA.

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 2 de septiembre de 2024, 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.

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

HECHOS PROBADOS

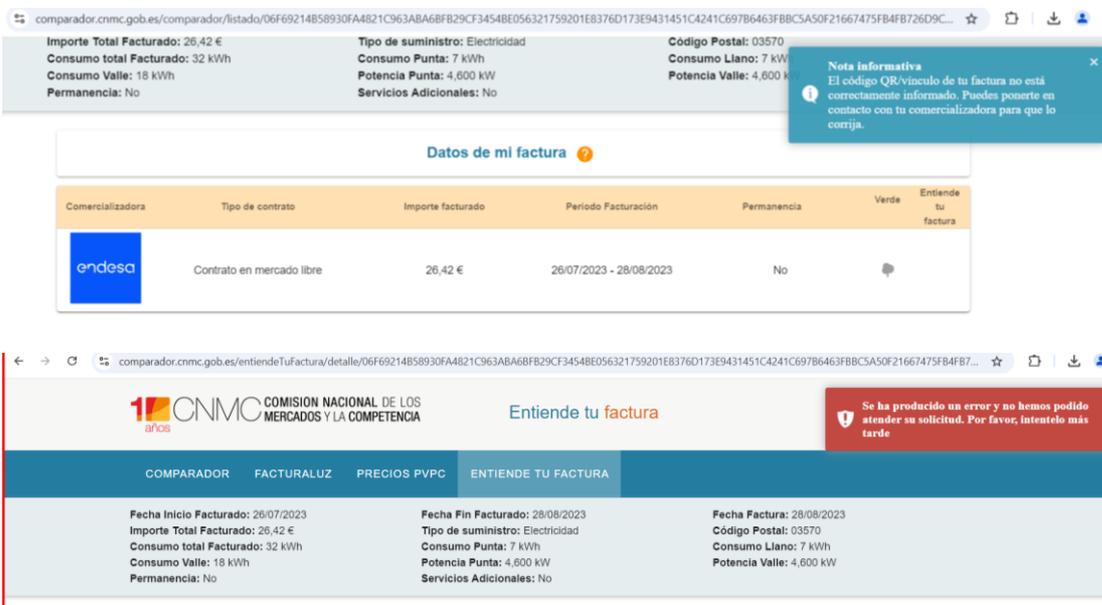
ÚNICO. La sociedad ENDESA ENERGÍA emitió facturas en fechas 1 de septiembre, el 2 de noviembre y 12 de diciembre de 2023 (folios 102-109 del expediente) en las que se puede comprobar que el código QR/vínculo no cumple con lo exigido en la Resolución de 6 de octubre de 2022 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la de 24 de junio de 2021, por la que se determina la información necesaria que deben contener los códigos QR para acceder al comparador de ofertas de gas y electricidad de la CNMC, que han de incluirse en la factura de electricidad por lo que el consumidor no puede acceder a la herramienta de la CNMC con sus datos de consumo para entender su factura.

ENDESA ENERGÍA reconoció el retraso en el cumplimiento de la citada Resolución en fecha 5 de junio de 2023, comprometiéndose a la plena operatividad en la semana que iniciaba el 26 de junio de 2023. Se acredita que pasada la indicada fecha -hasta facturas emitidas en diciembre de 2023- no cumplía con la información exigible de los códigos QR/vínculos de su factura.

No obstante lo anterior, y contrariamente a lo reconocido por ella misma, posteriormente en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución ENDESA señala que estas facturas *“sí recogen la obligación señalada en el apartado sexto de la Resolución CNMC de 6 de octubre de 2022 por cuanto incluyen un código QR y, asimismo, la URL “comparador” que permite el acceso al comparador de la CNMC sin ningún tipo de restricción para que el cliente pueda llevar a cabo las gestiones oportunas necesarias para acceder a la totalidad de las ofertas publicadas y también realizar las comparativas oportunas”* y que, “el hecho de que el QR pudiera tener problemas de

accesibilidad no se traduce en una privación de forma completa a los clientes a la comparativa de precios puesto que la posibilidad sigue existiendo, accediendo desde el enlace <https://comparador.cnmc.gob.es> que aparece en facturas en el apartado de información para el consumidor”.

Pues bien, contrariamente a lo que sostiene ENDESA en su escrito de alegaciones a la propuesta, no es posible acceder con el QR de las citadas facturas en los términos exigidos por la Resolución de 6 de octubre de 2022. En efecto, no es posible acceder a todas las funcionalidades de la herramienta ni, en particular a “entiende tu factura”. Véanse los siguientes pantallazos de los mensajes de error generados al pretender acceder con la primera ellas y que se reproducen en las restantes dos. Dichos mensajes de error resultan ser suficientemente ilustrativos del hecho probado:



The image shows two screenshots from the CNMC website. The top screenshot displays a 'Datos de mi factura' section with a table of contract details and a blue error message box. The bottom screenshot shows the 'Entiende tu factura' page with a red error message box.

Comercializadora	Tipo de contrato	Importe facturado	Periodo Facturación	Permanencia	Verde	Entiende tu factura
	Contrato en mercado libre	26,42 €	26/07/2023 - 28/08/2023	No		

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial de la CNMC

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) 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 nueve 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 66 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones leves, “5. *El incumplimiento por parte de los comercializadores y distribuidores de cualquier requisito de información exigible en sus facturas*”.

Por su parte, la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la de 24 de junio de 2021, por la que se determina la información necesaria que deben contener los códigos QR para acceder al comparador de ofertas de gas y electricidad de la CNMC, que han de incluirse en la factura de electricidad, y la información a incluir en los vínculos en las facturas electrónicas, se publicó en el BOE el día 17 de octubre de 2022, entrando en vigor el 17 de noviembre de 2022.

En su apartado primero añade un apartado sexto a la Resolución de 24 de junio de 2021 según el cual:

«Sexto. A efectos de esta Resolución, se considera factura electrónica toda aquella factura emitida por medios electrónicos. En este sentido, el vínculo deberá incluirse en sitio visible e identificado claramente y deberá incorporar la información necesaria para que el consumidor pueda acceder al comparador de ofertas de gas y de electricidad de la CNMC. Este vínculo será accesible junto al código QR con el siguiente literal:

"En el código QR o haciendo click en el siguiente enlace (<https://comparador.cnmc.gob.es>) se pueden consultar y comparar las distintas ofertas vigentes de las comercializadoras de energía eléctrica".»

Con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Resolución, la CNMC, mediante oficio de 1 de febrero de 2023 de la Directora de Energía, procedió a supervisar el cumplimiento de la misma, para lo que solicitó información sobre la facturación a los comercializadores, entre ellos, ENDESA ENERGÍA.

Mediante escrito 3 de marzo de 2023, ENDESA ENERGÍA manifestó que le había resultado imposible acometer los cambios necesarios para su adaptación a la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuya entrada en vigor era el 17 de noviembre de 2022 y, que retrasaba la implantación hasta junio de 2023.

Mediante escrito de 5 de junio de 2023 y en contestación a un segundo requerimiento de información en el que se advierte expresamente de que el incumplimiento podría ser sancionado como infracción leve, ENDESA ENERGÍA reconoce, de nuevo, que no ha acometido los cambios necesarios, pero se compromete, por segunda vez, a ponerlo en marcha a partir de la semana del 26 de junio de 2023

Sin embargo, se han recibido facturas en esta Comisión de ENDESA ENERGÍA emitidas con posterioridad a la última semana de junio de 2023 en las que no se puede acceder mediante el código QR/vínculo a la herramienta de la CNMC para entender la factura, como consta en el expediente, teniendo la condición de hecho probado.

Se pone de manifiesto, en consecuencia, que las facturas electrónicas emitidas por ENDESA ENERGÍA, hasta diciembre de 2023, no contienen toda la información exigida en la Resolución y, en particular, en el acceso mediante código QR/vínculo por parte del consumidor la herramienta de la CNMC para entender la factura.

Esta conducta es subsumible en la infracción leve tipificada en el artículo 66.5 de la Ley 24/2013, al incumplir como comercializadora los requisitos de información exigibles en sus facturas.

En efecto, en el presente caso, en tanto que ENDESA ENERGÍA es una comercializadora de energía y en sus facturas no consta un requisito de información que es exigible en virtud de la citada Resolución, se cumplen de modo indubitado los dos elementos del tipo infractor, a saber, el elemento subjetivo -ser comercializador o distribuidor- y el objetivo que no se cumpla con todos los requisitos de información que han de constar en las facturas.

La naturaleza de requisito de información del código QR/vínculo que da acceso a la herramienta de la CNMC para entender la factura no ha sido puesta en duda por ENDESA ENERGÍA en las contestaciones a los requerimientos de

información efectuados por esta Comisión en la supervisión del cumplimiento de la Resolución.

Es más, en el segundo requerimiento realizado por la CNMC, se advierte de forma expresa que el incumplimiento de la Resolución puede constituir infracción leve tipificada en el artículo 66.5 de la Ley 24/2013.

Por tanto, de acuerdo con el Hecho Probado de este procedimiento, reconocido por la propia empresa imputada, queda acreditado que ENDESA ENERGÍA ha incumplido su obligación de información en sus facturas, en relación con la opción del consumidor de disponer de un código QR/vínculo correctamente codificado para acceder a la herramienta de la CNMC para entender la factura. Esta conducta de ENDESA ENERGÍA resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 66.5 de la Ley 24/2013, al integrar tanto los elementos subjetivos como objetivos que conforman el tipo sancionador.

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 información exigible en sus facturas a sus clientes.

Es indudable que todo comercializador está obligado a cumplir con todos y cada uno de los requisitos de información exigibles en las facturas, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 1 g) de la Ley 24/2013 que da cumplimiento al derecho de los consumidores -artículo 44 j) 2º párrafo de la misma Ley- de recibir las facturas con el desglose reglamentario.

En este sentido, inicialmente y tras la aprobación de la Resolución de la DGPEM de 28 de abril de 2021, mediante Resolución de 24 de junio de 2021, esta Comisión determinó la información necesaria que debían contener los códigos QR para acceder al comparador de ofertas incluidos en las facturas y los vínculos en las facturas electrónicas. Esta obligación para los comercializadores en relación con el QR y el vínculo entró en vigor a los cuatro meses de la publicación de esta resolución en el BOE, esto es, el 30 de agosto de 2021.

Como consecuencia de la definición de nuevos conceptos regulados que no estaban en todos los casos internalizados en el precio del suministro y que no habían quedado recogidos en la citada Resolución de 24 de junio de 2021, la CNMC tuvo que modificar esta Resolución únicamente con la finalidad de recoger en la obligación de incorporar estos componentes en el referido código QR. Esta modificación puntual tuvo lugar mediante la aprobación de la Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2022, que entró en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 17 de noviembre de 2022.

Pues bien, la citada Resolución de la CNMC de 6 de octubre de 2022 establece un nuevo componente de la factura cuya naturaleza como requisito de información no es objeto de debate.

Tanto para la introducción en el contenido de las facturas de los elementos en el año 2021 como para la posterior inclusión en el año 2022 de nuevos componentes en dichos elementos, el regulador ha previsto que su implementación por parte de los comercializadores no lo fuera de forma inmediata, por cuanto puede exigir la correspondiente adaptación de sus sistemas informáticos.

Así, en lo que aquí aplica, procede incidir en que la introducción de un nuevo requisito por parte del regulador, en este caso, mediante la Resolución de 6 de octubre de 2022, entró en vigor el día 17 de noviembre de 2022, esto es, mes y 11 días después de su aprobación.

Por ello, esta Comisión en el procedimiento de supervisión del cumplimiento por los comercializadores de los requisitos de información de las facturas procedió el día 1 de febrero de 2023, dos meses y medio después de la entrada en vigor de la Resolución a requerir la información sobre el cumplimiento de la misma.

Como consta en el expediente, ENDESA ENERGÍA reconoció en marzo de 2023 que no lo había implementado, pero se comprometió a cumplir en el mes de junio del mismo año.

Llegado el mes de junio de 2023, esto es, 7 meses después de la entrada en vigor de la obligación a todos los comercializadores, se volvió a requerir a ENDESA ENERGÍA sobre el cumplimiento de la resolución. En este caso, con expresa advertencia de que el incumplimiento podría ser considerado una infracción leve de conformidad con lo previsto en el artículo 66.5 de Ley 24/2013.

ENDESA ENERGÍA de nuevo, reconoció que estaba en situación de incumplimiento, pero se comprometió -en línea con la primera respuesta- a que estuviera incluido en las facturas durante la última semana del mes de junio.

En fecha 29 de septiembre de 2023, ENDESA ENERGÍA aporta cuatro facturas en las que cumple con lo estipulado en la Resolución.

Sin embargo, posteriormente se recibe denuncia de un consumidor que aporta las correspondientes facturas electrónicas, todas ellas, emitidas en fechas posteriores a la finalización del mes de junio de 2023 (1 de septiembre, 2 de noviembre y 12 de diciembre de 2023), en las que se pone de manifiesto el mantenimiento de la situación de incumplimiento un año y casi un mes posterior a la entrada en vigor de la resolución incumplida.

En esta situación, ya no puede estimarse que continúe concurriendo como causa exonerativa de responsabilidad la existencia de un necesario proceso de adaptación de los sistemas de ENDESA a las nuevas previsiones puntuales de

esta segunda Resolución. Por dos veces, ENDESA ENERGÍA reconoció el incumplimiento, lo justificó en dificultades que realmente fueron de orden genérico y además se comprometió a cumplir en unas concretas fechas, primero genérica, mes de junio, luego más concreta, última semana del mes de junio. Transcurrido el plazo de entrada en vigor de su obligación así como ambas fechas, continúa resultando que ENDESA ENERGÍA sigue sin implementar las obligaciones de información en sus facturas en los términos que le son exigibles.

En efecto, superado ampliamente dicho plazo regulatorio de implementación, se comprueba con las facturas aportadas que no se ha procedido a adaptarlas a los nuevos requisitos de información, privando así a sus consumidores de la información garantizada por la regulación, que es el bien jurídico protegido por el tipo infractor leve del 66.5 de la Ley 24/2013.

Dado el tiempo transcurrido y los compromisos expresados, el incumplimiento de la obligación no puede encontrar causa de justificación en la necesaria y transitoria adaptación de sistemas informáticos, sino que ha de reputarse como un incumplimiento al menos negligente y con una negligencia grave y, en consecuencia, susceptible de ser sancionado.

No puede pretender ENDESA ENERGÍA que por parte del propio regulador se exprese una tolerancia hacia su incumplimiento de la citada Resolución, sin límite temporal alguno e incluyendo adicionalmente, como en este caso, el incumplimiento de los propios compromisos de implementación expresados hasta en dos ocasiones por la propia comercializadora. No consta a esta Sala, en el presente caso, ni tampoco lo ha alegado ENDESA la existencia de una causa de fuerza mayor que haya impedido a esta comercializadora dar cumplimiento de la obligación expresada por la Resolución indicada. En el mismo sentido, reiterar que tampoco ENDESA ENERGÍA ha puesto en conocimiento de esta Comisión una causa nueva, específica y fehaciente, debidamente comunicada en tiempo y forma, que justificara - a diferencia de otras comercializadoras - el mantenimiento de su situación de incumplimiento a lo largo de más de un año.

Por ello, la falta de inclusión del código QR/vínculo al comparador de ofertas de gas y electricidad de la CNMC de acuerdo con el formato de la Resolución en facturas emitidas con posterioridad a junio de 2023 ha de reputarse como una conducta al menos culpable grave, ya que ENDESA ENERGÍA no ha desplegado la diligencia debida y a la que, además, se había comprometido en dos ocasiones.

Quinto. Contestación a las alegaciones de ENDESA ENERGÍA a la propuesta de resolución. Solicitud de apertura de periodo de prueba.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, ENDESA ENERGÍA manifiesta que ante la falta de evidencias que no permiten acreditar el supuesto beneficio de ENDESA ENERGÍA, solicita la práctica de la prueba con el objetivo de que se proceda a aportar por la CNMC las evidencias necesarias que permitan acreditar que cada acceso es único por cliente, así como los accesos por factura y cliente. Igualmente, la comercializadora señala que no se determina el dónde y el cómo se ha extraído el dato “accesos erróneos”.

Como bien sabe ENDESA y así se recoge en la propia normativa y página web de la CNMC, la herramienta del “Portal del Consumidor del Comparador de Ofertas de Energía” ha sido desarrollada y es gestionada por la CNMC, en el ejercicio de sus competencias administrativas. Esta herramienta web permite comparar para el perfil de cada consumidor, el valor económico y características de las ofertas de suministro de electricidad o gas y conjuntas para ambos suministros a partir de la información actualizada que se obtiene de las empresas comercializadoras, como ENDESA ENERGÍA, que operan en el mercado minorista español.

Así, esta herramienta reglamentariamente prevista tiene por finalidad permitir que los consumidores finales obtengan una información completa y fiable de los componentes del precio que sufragan por el servicio de energía eléctrica permitiéndoles entender su factura y asimismo con carácter comparativo de su precio respecto de otras ofertas comerciales que puedan existir en el mercado. Esta herramienta se ha erigido como un baluarte de transparencia en la información que han de recibir todos los consumidores, máxime tomando en consideración la existencia de diversos componentes del precio final que pueden llegar a dificultar su comprensión para consumidores no eruditos en la materia. Estas bondades del comparador, además de determinarse como un objetivo de información a los consumidores, tiene una vertiente de protección a la libre competencia de la actividad de comercialización de energía eléctrica. De este modo, es evidente que cualquier incumplimiento por parte de los comercializadores tendente a impedir el acceso correcto al mismo, supone igualmente una conducta que incide en la libertad de elección de suministrador por parte de los consumidores afectados y, por ende, dificulta su toma de decisiones de cambio de suministrador en favor de comercializadores distintos del que actualmente pudieran prestarles el servicio.

Véase que tal y como se indica en la propia web del comparador, la doble finalidad y bondad del comparador:

“Bienvenido al Portal del Consumidor del Comparador de Ofertas de Energía

Te recordamos que en la factura de electricidad tienes disponible un código QR o un vínculo electrónico mediante el que puedes acceder directamente a este comparador con tus datos de potencia y consumo y a la herramienta Entiende tu factura, que te ayudará a entender tu factura eléctrica.

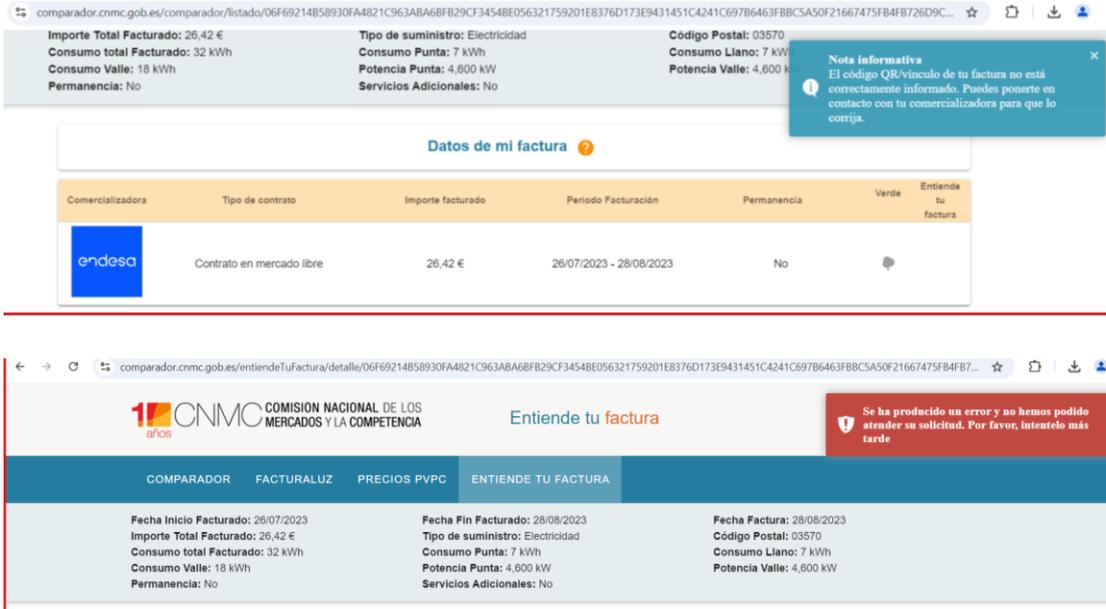
El comparador permite consultar las ofertas de gas natural disponibles para consumidores domésticos y pymes y las ofertas de electricidad para consumidores en baja tensión.”

Este comparador no es ajeno a ENDESA ENERGÍA, sino que funciona única y exclusivamente con la información que las compañías comercializadoras – entre ellas ENDESA ENERGÍA - comunican a la CNMC en virtud de la obligación que deben asumir, con una estructura estándar adaptada a los requisitos del comparador, de forma que posteriormente las ofertas se puedan presentar al consumidor de una manera clara y ordenada.

Sentado lo anterior, en los términos que se expresan a continuación, se considera que en este procedimiento no concurren las circunstancias para proceder a la apertura del periodo de prueba solicitado por ENDESA, esto es, un periodo de prueba que tenga por objeto evidenciar las condiciones en las que se ha contextualizado la conducta de ENDESA ENERGÍA, en la medida que ENDESA es plenamente conocedora de la herramienta “comparador CNMC”, a la debe nutrir con su propia información y para la que ha requerido efectuar desarrollos informáticos compatibles con la propia herramienta y precisamente con la finalidad de permitir el acceso inmediato a la misma por parte de sus clientes.

En primer lugar, no cabe duda de que ENDESA ENERGÍA conoce perfectamente, o al menos debe conocer, lo que significa el concepto de “accesos erróneos” en el ámbito de las herramientas informáticas. Está claro que en este caso, en el que estamos analizando los accesos a través del QR habilitado por la propia ENDESA y comunicado a sus clientes en las facturas que les emite, un “acceso erróneo” al comparador es un acceso en el que la URL señalada por ENDESA a su cliente no está construida como exige la Resolución, esto es, no está bien parametrizada. Así se ha señalado expresamente esta circunstancia como la conducta infractora en el presente procedimiento desde el propio acuerdo de incoación del expediente.

Así, como la propia ENDESA ENERGÍA ha podido comprobar respecto de las 3 facturas que dieron lugar a la incoación del presente sancionador (folios 102-109) y figuran en el HECHO PROBADO de esta resolución, en todo acceso erróneo le aparecen los siguientes mensajes de error al consumidor que pretende acceder con el QR de su factura:



Importe Total Facturado: 26,42 €
Consumo total Facturado: 32 kWh
Consumo Valle: 18 kWh
Permanencia: No

Tipo de suministro: Electricidad
Consumo Punta: 7 kWh
Potencia Punta: 4,600 kW
Servicios Adicionales: No

Código Postal: 03570
Consumo Llano: 7 kWh
Potencia Valle: 4,600 kW

Nota informativa
El código QR/vínculo de tu factura no está correctamente informado. Puedes ponerte en contacto con tu comercializadora para que lo corrija.

Comercializadora	Tipo de contrato	Importe facturado	Periodo Facturación	Permanencia	Verde	Entiende tu factura
	Contrato en mercado libre	26,42 €	26/07/2023 - 28/08/2023	No		

Se ha producido un error y no hemos podido atender su solicitud. Por favor, inténtelo más tarde

COMPARADOR **FACTURALUZ** **PRECIOS PVPC** **ENTIENDE TU FACTURA**

Fecha Inicio Facturado: 26/07/2023
Importe Total Facturado: 26,42 €
Consumo total Facturado: 32 kWh
Consumo Valle: 18 kWh
Permanencia: No

Fecha Fin Facturado: 28/08/2023
Tipo de suministro: Electricidad
Consumo Punta: 7 kWh
Potencia Punta: 4,600 kW
Servicios Adicionales: No

Fecha Factura: 28/08/2023
Código Postal: 03570
Consumo Llano: 7 kWh
Potencia Valle: 4,600 kW

En segundo lugar, tampoco a juicio de esta Sala resulta necesario habilitar un periodo de prueba para determinar dónde y cómo se ha obtenido el número de “accesos erróneos”, dado que, como es habitual en todo desarrollo informático con acceso *on line*, también en el caso del “comparador CNMC” todos los accesos son registrados en una base de datos asociada a la propia herramienta. Este registro incluye lógicamente también todos los accesos que no están bien parametrizados y que, de hecho, se corresponden con los mensajes recibidos por los consumidores afectados. No alberga duda tampoco que ENDESA es perfectamente concedora de esta práctica procedimental generalizada para las herramientas informáticas, dada su dilatada experiencia en el desarrollo de programas informáticos soporte de aplicaciones *on line* con gran envergadura.

Y finalmente, en tercer lugar, en cuanto a la necesidad que expresa ENDESA de evidenciar si los indicados 44.291 accesos erróneos se corresponden con accesos únicos por cliente y por factura, debe significarse que la propuesta de resolución en ningún momento ha señalado que los indicados 44.291 accesos se correspondan con accesos únicos por cliente/factura sino que refiere explícitamente al número de “accesos erróneos” existente y registrado en un determinado periodo. Es más, en el mismo sentido, ya la propia alegación de ENDESA de falta de proporcionalidad del importe propuesto por la instructora se basa fundamentalmente en el hecho de que, a su juicio, la instructora para la cuantificación de la multa propuesta obtiene el beneficio obtenido por ENDESA tomando en consideración accesos sin discriminar precisamente que sean únicos por cliente y por factura. Alegada motivadamente de contrario por ENDESA esta característica metodológica del cómputo de accesos erróneos y solventada, pues, dicha cuestión a la que

se dará la correspondiente réplica en el fundamento que recoge la cuantificación de la multa, resulta de todo punto innecesaria la práctica de prueba alguna para certificar la satisfecha evidencia alegada por la comercializadora.

Sexto. 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 valor 29 de julio de 2024 ENDESA ha procedido a pagar la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, por un importe de 480.000 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 por importe de hasta 600.000 euros por las infracciones leves; 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. Así, respecto de los criterios de graduación que deben tomarse en consideración, el citado artículo dispone que:

«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:

a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.

b) La importancia del daño o deterioro causado.

c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.

d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.

e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.

f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.»

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que en principio no concurren las siguientes circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado: en lo relativo a peligro para la vida, salud de las personas, seguridad de las cosas y medio ambiente, importancia del deterioro causado, reincidencia por la comisión de más de una infracción en el periodo señalado o impacto en la sostenibilidad del sistema.

En lo que se refiere al grado de participación de ENDESA ENERGÍA, tal y como se señala en los HECHOS PROBADOS, en el presente caso la misma es de autoría de la omisión de adaptación de sus sistemas a los requisitos exigidos por la Resolución de 6 de octubre de 2022 de la CNMC. Este grado de participación le corresponde y le es imputable a ENDESA ENERGÍA desde el momento en el que ha transcurrido el periodo que va desde el 17 de noviembre de 2022 y, al

menos, hasta diciembre de 2023 y ENDESA ENERGÍA no ha implementado en el QR de sus facturas los nuevos componentes. Esta autoría lo es al menos con negligencia y especialmente grave dado el transcurso del citado amplio periodo temporal así como el reiterado incumplimiento de los propios compromisos adquiridos de plazos intermedios.

En lo que se refiere al daño causado ha de indicarse que la imposibilidad de acceder a la herramienta para comprender la factura, así como al comparador de ofertas supone una importante limitación de los derechos de los consumidores tanto a obtener información fidedigna y transparente del precio contratado (“entiende tu factura”) como del derecho a elegir libremente el suministro, impidiendo de forma completa las posibilidades de los consumidores de comparar los precios y, en su caso, cambiar de comercializador en caso de disponer de una mejor oferta. En efecto, contrariamente a lo alegado por ENDESA, resulta indubitado que el tipo de implementación del QR en sus facturas impide a sus clientes el acceso al comparador de precios de la CNMC con todas sus funcionalidades (véase, “entiende tu factura”) y enviando el correspondiente mensaje erróneo. Esto es, el acceso al mismo no es completo en estos casos.

En consecuencia, ENDESA se ha beneficiado, por tanto, de suministrar una información defectuosa a sus consumidores.

En los términos señalados en la propuesta, esta conducta de ENDESA ENERGÍA no es meramente formal sino que ha provocado que de la misma se han derivado, según los datos del comparador de ofertas de energía, 44.291 accesos erróneos desde julio de 2023 hasta febrero de 2024 (y 73.213 en el periodo del 1 de diciembre de 2022 al 28 de febrero de 2024, teniendo informado el QR una fecha de fin factura entre esas mismas fechas). En efecto, en todas y cada una de esas ocasiones, quienes han pretendido acceder al comparador CNMC con todas sus funcionalidades han visto que su intento ha resultado infructuoso.

El gran elevado número de intentos fallidos sí es una variable que debe ser tenida en cuenta a los efectos de cuantificar la multa pues determina el indubitado contexto generado por la conducta infractora de ENDESA ENERGÍA así como la importancia y afectación del daño causado en sus consumidores. Este número de intentos fallidos deriva directamente de la base de datos asociada a la propia herramienta *on line*.

Respecto al número de intentos fallidos, ENDESA ENERGÍA sostiene que el mismo no refleja la realidad y para ello refiere que es posible que un mismo consumidor efectúe más de un intento por factura o que los intentos sean efectuados por terceros.

Al respecto, debe significarse lo siguiente:

- Por una parte, en la medida que para proceder a intentar un acceso al comparador es necesario que quien acceda lo efectúe directamente con un concreto QR de una concreta factura, está sobradamente minimizado el riesgo de que sean terceros no autorizados por el propio consumidor quienes pretendan acceder a su propia información.
- Por otra parte, en la medida que para proceder a intentar un acceso al comparador es necesario que quien acceda lo haga conscientemente y con la voluntad de obtener una concreta información (esto es, la información mostrada en “entiende tu factura”), dado que en su primer intento el consumidor ya ha recibido expresamente el mensaje de la necesidad de ponerse en contacto con su comercializadora para que corrija el acceso erróneo, posibles intentos posteriores por parte de ese mismo consumidor serán lógicamente anecdóticos y despreciables desde el punto de vista estadístico.

En efecto, eventuales ulteriores intentos no pueden desvirtuar el número de 44.291 intentos erróneos como pretende ENDESA en su escrito de alegaciones. ENDESA pretende llevar al absurdo generalizado el hecho de que un mismo cliente con su misma factura pudiera estar continuamente insistiendo en pretender acceder con ese mismo QR que ya inicialmente le ha dado error y respecto del que ha recibido un mensaje para ponerse en contacto con la comercializadora. Por el contrario, el número de accesos erróneos es cierto e indubitado al derivar directamente de la propia herramienta informática y, además, estadísticamente es sostenible.

A la vista de la existencia de ese irrefutable número de accesos fallidos es posible obtener un importe de beneficio máximo teórico que, tal y como se indicaba ya en la propuesta de la instructora, no deja de ser “teórico” y “máximo” y, por tanto, la cifra que se obtenga únicamente es un máximo del beneficio que hubiera podido obtenerse en un concreto escenario con el retraso en la adaptación de sus facturas y que simplemente sirve para poner de manifiesto que la actuación de ENDESA ENERGÍA no fue un mero incumplimiento formal, sino que ha tenido una notable repercusión en la libertad de elección de los consumidores, limitando en amplia medida sus posibilidades de cambio de comercializador.

Pues bien, el “máximo beneficio teórico” en el presente caso se ha alcanzado mediante el uso de la siguiente metodología de cálculo: tomando en consideración que el margen por cliente en el mercado libre es de 33,8€/MWh de conformidad con el Acuerdo de la CNMC de 28 de abril de 2022 por el que se da contestación a la consulta planteada por Red Eléctrica de España en relación con el margen de comercialización en el cálculo el precio fijo de cobertura exento de minoración contemplado en el Real Decreto –ley 17/2021, (expediente CNS/DE/595/22) y que el consumo medio doméstico según el propio

comparador de precios es de 2.600kWh anuales, ENDESA podría haber obtenido hasta cerca de 4 M€ (en concreto, 3.892.293 €) de beneficio por clientes que no pudieron acceder de forma adecuada, a pesar de intentarlo, al comparador. Este importe no deja de ser una mera estimación en un escenario concreto, dado que no es posible confirmar si realmente los consumidores afectados se quedaron finalmente con ENDESA ENERGÍA o no. En los términos ya señalados, este beneficio máximo es únicamente teórico para contextualizar la conducta de ENDESA ENERGÍA y su incidencia en un elevado número de accesos erróneos pero no para cuantificar el beneficio directamente obtenido a través de la misma, no resultando tampoco por ello aplicable el porcentaje reseñado por ENDESA ENERGÍA en los exactos términos por ella expresados en su escrito de alegaciones a la propuesta.

En este sentido, téngase en cuenta que la gravedad de la conducta y doble naturaleza de los daños generados a los consumidores y a la libre competencia, así como su amplia repercusión en los mismos durante un periodo temporal muy dilatado, son elementos tomados en consideración en el presente caso y que inexorablemente determinan que el importe de la multa impuesta por la comisión de esta infracción leve lo sea en el importe máximo permitido por la normativa, esto es, 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 ENERGÍA.

Se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a ENDESA por un importe de seiscientos mil (600.000) euros, respecto de la que aplica la reducción del 20% en los términos ya expuestos:

- 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 grave,
- 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 consolidada en el tiempo que en sí misma determina una falta de transparencia a sus consumidores

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 sexto, 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 leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos de información exigible en las facturas.

SEGUNDO. — Aprobar la reducción del 20% sobre la sanción de seiscientos mil (600.000) 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 cuatrocientos ochenta mil (480.000) 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.