CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A EDP ENERGÍA, S.A.U. (ANTES DENOMINADA HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA, S.A.U.) POR EL ESTABLECIMIENTO, EN CONTRATOS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES CONTRARIAS A LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS POR LA NORMATIVA SECTORIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE ELECTRICIDAD

SNC/DE/052/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA
Dª María Fernández Pérez

CONSEJEROS
D. Eduardo García Matilla
D. Diego Rodríguez Rodríguez
Dª. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain
D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO DE LA SALA
D. Tomás Suárez Inclán, secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de enero de 2017

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Denuncia de [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD].

El 3 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD] de fecha 1 de septiembre de 2014, mediante el cual dicha empresa puso en conocimiento de esta Comisión una serie de hechos relativos al cambio de comercializador para el suministro de energía eléctrica. Dicho suministro estaba contratado con Hidrocantábrico Energía, S.A.U. y pasó a asignarse a una empresa comercializadora diferente, a raíz de lo cual la empresa Hidrocantábrico Energía procedió a aplicar una penalización.

Según expone el denunciante, [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD] notificó a Hidrocantábrico Energía el 2 de julio de 2013 la suscripción de un contrato de suministro con una nueva compañía con efectos en el mes de agosto de ese año, habiéndosele advertido consecutivamente por parte de Hidrocantábrico Energía de la aplicación de una penalización si llevaba a cabo el cambio en favor del tercero. A este respecto, tras la consumación del cambio, Hidrocantábrico Energía emite efectivamente una factura en fecha 22 de agosto de 2014 por importe de 2.400 euros en concepto de «*Indemnización según Contrato Resolución anticipada*».

A la denuncia presentada ante la CNMC se acompaña, entre otra documentación, copia de la factura mencionada. Asimismo, se acompaña copia del contrato de suministro de electricidad suscrito entre Hidrocantábrico Energía y la denunciante en fecha 25 de junio de 2013; entre las condiciones generales del citado contrato constan las siguientes:

- «*PRIMERA: OBJETO Y PLAZO DE VIGENCIA DEL CONTRATO.* […] *el presente contrato se entenderá prorrogado por periodos anuales, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, notificada a la otra parte por escrito y con una antelación mínima de dos meses a la fecha de vencimiento del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas.*»
- «*DECIMOSEXTA: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO. La resolución unilateral e injustificada de este contrato, devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato, o, en su caso, de sus sucesivas prórrogas (que se indica en el apartado Consumo Previsto), y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución, renunciando la parte afectada a reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. Dicha resolución deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación, a la fecha efectiva de resolución.*»

SEGUNDO. Apertura de un período de información previa.

En fecha 26 de marzo de 2015, el Director de Energía de la CNMC acordó la apertura de un período de información previa al amparo de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con la denuncia presentada por la empresa [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD], antes referida.

En el marco del citado periodo de información previa, y en la fecha citada, se acordó requerir a Hidrocantábrico Energía, S.A.U. la siguiente información:

«-Indique el tipo de cláusulas incluidas en sus contratos de baja tensión por tipo de producto que recogen las penalizaciones previstas en caso de rescisión anticipada de contrato.
-Indique el porcentaje de contratos que incluye la misma penalización/indemnización sobre la base de clientes que tiene contratado el suministro de electricidad en la tarifa de acceso 3.0A.
-Indique la cuantía de los importes facturados en el año 2014 por el concepto de "Indemnización según contrato Resolución Anticipada" y el número de contratos a los que ha afectado del total de los que incluye esta cláusula en ese mismo año. Indique también en este caso el porcentaje a los que ha afectado respecto de los que se han dado de baja con su comercializador en ese mismo año 2014.
-Indique en el caso objeto de esta reclamación, la penalización/indemnización establecida y su justificación, así como el importe correspondiente al precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro.»

El 27 de abril de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Hidrocantábrico Energía, S.A.U. de 23 de abril de 2015 en el que, entre otros aspectos, se expone lo siguiente: «*El importe facturado por este concepto en el año 2014 a los clientes de baja tensión ha sido de 66.724,64 euros y el número de clientes afectados ha sido 19 del total de 3.414 clientes que tenían en su contrato la cláusula de indemnización (3.199 de peaje 3.0A y 215 de peajes 2.X). No se ha facturado indemnización a ningún cliente B2C, los 19 clientes facturados son B2B con peaje 3.0A.*»

Respecto a la justificación del importe reclamado a la empresa denunciante, Hidrocantábrico Energía, S.A.U. indica lo siguiente: «*Para justificar el valor unitario de la indemnización aplicada por una comercializadora en casos de rescisión anticipada, se deben tomar como referencia los costes incurridos por gestionar la energía en los mercados a plazo de electricidad. Una comercializadora que pretenda evitar riesgos, adquirirá la energía comprometida con sus clientes en los mercados a plazo en el momento del compromiso de suministro. Si el cliente rescinde el contrato anticipadamente, la comercializadora deberá "deshacer" en el mercado a plazo la cobertura realizada, pudiéndose ver perjudicada por la volatilidad de estos mercados. Así, por ejemplo, en los últimos años se han observado oscilaciones medias superiores a los 1,0 cEuro/kwh en la cotización de los productos base trimestrales de OMIP, tomando únicamente las cotizaciones durante el año móvil inmediatamente anterior al inicio del periodo de entrega de cada producto.*»

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, el Director de Energía de la CNMC, en

ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de los procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, acordó incoar el 24 de septiembre de 2015 un procedimiento sancionador contra Hidrocantábrico Energía, S.A.U. por la infracción grave consistente en el incumplimiento de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y su normativa de desarrollo. En concreto, la infracción consiste en el establecimiento, en los contratos de suministro de energía eléctrica, de cláusulas contractuales contrarias a las medidas establecidas por la normativa sectorial para la protección de los consumidores de electricidad.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Hidrocantábrico Energía, S.A.U. el 2 de octubre de 2015, según consta acreditado. Por medio del escrito de notificación se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

CUARTO. Diligencia de incorporación de documentación relativa al cambio de denominación social de Hidrocantábrico Energía, S.A.U. a EDP Energía, S.A.U.

Mediante diligencia de fecha 22 de octubre de 2015, el secretario del procedimiento incorporó al mismo un escrito de EDP Energía, S.A.U. de 6 de octubre de 2015, con entrada en el Registro de la CNMC el 20 de octubre de 2015, mediante el cual se comunica a esta Comisión el cambio de denominación social de Hidrocantábrico Energía, S.A.U., que pasa a denominarse EDP Energía, S.A.U., en virtud de un acuerdo social elevado a público mediante la correspondiente escritura notarial, cuya copia se aporta con el citado escrito de comunicación de EDP Energía.

QUINTO. Alegaciones de EDP Energía

Con fecha 21 de octubre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de la representación legal de EDP Energía de 20 de octubre de 2015, mediante el cual vino a presentar las alegaciones que a continuación se extractan:

- Sobre la regulación de los contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre, y tras invocar las normas que considera de aplicación, alega que «*en los contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre, los consumidores y las compañías suministradoras pactan las condiciones de dicho contrato libremente y el contrato tiene que atenerse a lo dispuesto por el artículo 44.1 d) de la Ley 24/2013 que recoge el derecho del consumidor a*

tener un contrato con el comercializador en el que se especifique, entre otros, las condiciones de renovación y la rescisión del contrato». Al respecto, añade que «*el consumidor que ha pactado libremente las condiciones de un contrato de energía eléctrica con un comercializador en el mercado libre tiene la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional si considera que dicho contrato es contrario a la legislación*», concluyendo *que «las relaciones entre un consumidor y un comercializador en el mercado libre corresponden al derecho privado al sustentarse en lo dispuesto en el contrato pactado entre las partes, por lo que se considera que la interpretación de tales actos privados excede de las competencias de la CNMC*». Para justificar este argumento, EDP Energía cita el Acuerdo de la CNMC de 8 de enero de 2015, por el que se da contestación a la solicitud de informe de la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias en materia de penalización por cambio de suministrador de gas natural.

- Sobre los consumidores con peaje 3.0A, señala que «*si bien se trata de consumidores en baja tensión, los consumidores que tienen contratado el peaje 3.0A tienen más de 15 kW de potencia contratada, por lo que por su volumen de energía consumida no son pequeños consumidores ni consumidores vulnerables, sino que la mayor parte son empresas, que no requieren el mismo nivel de protección que un consumidor doméstico*». A este respecto, hace unas consideraciones sobre la diferencia de consumo entre unos y otros consumidores, concluyendo que «*la resolución anticipada de los contratos celebrados con consumidores con peaje 3.0A causa graves perjuicios económicos a las comercializadoras, tal y como se puso de relieve en el escrito presentado por esta parte en el periodo de información previa*».

- Sobre el contenido del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, expone los siguientes argumentos:
  - Que «*el hecho de que este artículo comience diciendo "con carácter general" quiere decir que caben casos particulares en los que se pacte otra cosa en el contrato, por lo que este artículo sólo es de aplicación si no existe una regulación específica de estos temas (duración y condiciones para la renovación y la resolución) en el contrato*».
  - Que «*lo que limita esta norma es la posibilidad de aplicar cargos en concepto de penalización, pero no prohíbe que se asuman por quien los ocasione los daños y perjuicios que para la otra parte puedan derivarse de una resolución anticipada*».
  - Que «*el segundo párrafo de este artículo regula la penalización máxima que puede aplicarse si la resolución se produce durante el primer año de vigencia del contrato, pero no prohíbe las indemnizaciones el segundo año de contrato, dejando lo que ocurra en ese segundo año a lo que se haya pactado en el contrato*».

Con base en estas tres consideraciones, EDP Energía concluye esta alegación señalando que «*dado que en los contratos de suministro de energía eléctrica celebrados por EDP con este tipo de consumidores se recoge expresa y claramente la posibilidad de aplicar esas indemnizaciones por daños y perjuicios, entendemos que el artículo 4.5 del RD 1435/2002 no sería aplicable a estos supuestos, dado que estamos en un ámbito en el que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes (artículo 81.3 del RD 1955/2000)*».

- Sobre la «*indemnización de daños y perjuicios*» incluida en la condición general decimosexta de los contratos de suministro de energía eléctrica de EDP Energía suscritos con este tipo de consumidores, alega lo siguiente: «*…es aplicable tanto cuando la resolución es instada por el cliente como cuando es la comercializadora la que decide poner fin al contrato* […]. *Se establece un criterio objetivo para definir la indemnización que corresponde aplicar atendiendo al precio fijado en esa cláusula (1.0 c€/kWh) y a la energía dejada de consumir* […]. *Se trata de una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados por un incumplimiento del contrato*». Tras invocar de nuevo el contenido del Acuerdo de la CNMC de 8 de enero de 2015, por el que se da contestación a la solicitud de informe de la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias en materia de penalización por cambio de suministrador de gas natural, añade la referencia al contenido de los artículos 1.091, 1.101 y 1.124 del Código Civil, así como al artículo 56 del Código de Comercio, en relación con la indemnización de daños y perjuicios como obligación nacida de los contratos.

- En relación con la normativa posterior al Real Decreto 1435/2002, argumenta que la misma «*no limita la posibilidad de establecer penalizaciones al primer año de contrato*», señalando en concreto el contenido del artículo 110.ter del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre (introducido por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre), y de los artículos 14.8 y 19.1 f) del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo. Asimismo, se refiere a «*los Informes y Guías de la CNMC posteriores al RD 1435/2002*», indicando en concreto lo siguiente: «*…la Guía informativa para consumidores de electricidad, de diciembre 2014* […] *se dispone que: "Las ofertas en el mercado libre podrán incluir penalizaciones a aplicar al consumidor en el caso de rescisión anticipada del contrato por voluntad del consumidor antes de la fecha de finalización del mismo. En este caso, las penalizaciones máximas que podrá imponer el comercializador de referencia no podrán exceder el cinco por ciento del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro. A este efecto, se empleará el método de estimación de medidas vigente para el cambio de comercializador"*». Añade también una referencia al «*Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad recogidas en el comparador de la CNMC, de 8 de marzo de 2015*», señalando -sobre las penalizaciones por rescisión anticipada del

contrato- que dicho Informe «*no dice nada de que estas penalizaciones no puedan cobrarse durante el segundo año (a pesar de que trata el tema de las penalizaciones en varios apartados del Informe y al final del mismo le dedica casi dos páginas enteras)*». Por todo ello concluye que «*dado que la normativa posterior al RD 1435/2002 no limita al primer año de vigencia la posibilidad de establecer penalizaciones, no está claro que no se puedan imponer en el segundo año del contrato, pues bien podría interpretarse que el RD 1435/2002 ha sido modificado tácitamente por la normativa posterior*».

- Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a la sanción que pudiera recaer como consecuencia del procedimiento sancionador, «*suponiendo, a efectos meramente dialécticos, que se hubiera cometido la infracción imputada (cosa que negamos por las razones antedichas)*», alega «*la obvia desproporcionalidad existente entre la gravedad del hecho imputado y la sanción que la infracción podría llevar aparejada; puesto que como se ha hecho constar en el periodo de información previa- únicamente se facturó esa indemnización a 19 clientes, siendo el importe total facturado de 66.724 €*». Invocando lo dispuesto en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 sobre la apreciación de circunstancias concurrentes, concluye que «*si la CNMC estimase que se cometió la infracción, debería imponer una sanción correspondiente a una infracción leve, y además graduar su cuantía "a la baja" —en una cuantía que no supere los 6.000 euros-, en atención a los criterios que establece el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, dada la escasa importancia del daño causado y el pequeño beneficio obtenido, así como la inexistencia de perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro y el nulo impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico*».

EDP ENERGÍA concluye sus alegaciones solicitando que, por todo lo expuesto, se acuerde lo siguiente: «*…dicte Resolución por la que se declare la inexistencia de la infracción imputada y se proceda al archivo del expediente. Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimen las anteriores alegaciones, se solicita se aplique el principio de proporcionalidad en los términos expuestos en la Alegación Sexta del presente escrito.*»

SEXTO. Incorporación de documentación al expediente.

Con fecha 21 de marzo de 2016 se efectúa diligencia de incorporación de la siguiente documentación al presente procedimiento:

- *Información Mercantil Interactiva* de los Registros Mercantiles de España, emitida el día 18 de marzo de 2016 por el Registro Mercantil de Asturias, relativa al depósito anual de cuentas del ejercicio 2014 de la empresa Hidrocantábrico Energía, S.A.U.

SÉPTIMO.- Propuesta de Resolución.

El 9 de mayo de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

> *"**PRIMERO.** Declare que la empresa EDP ENERGÍA, S.A.U. es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en el incumplimiento de medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la citada Ley y su normativa de desarrollo.*
>
> ***SEGUNDO.** Le imponga a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de novecientos mil (900.000) euros.*
>
> ***TERCERO.** Le imponga a la citada empresa la obligación de proceder en plazo de seis meses a la modificación de las cláusulas primera y decimosexta de los contratos de suministro en baja tensión para la inclusión en las mismas de las condiciones siguientes: 1.El límite máximo del 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro, en concepto de penalización, para el supuesto de rescisión del contrato por el consumidor durante el primer año de vigencia de dicho contrato. 2. La indicación expresa de que tal penalización únicamente será procedente cuando la rescisión cause daños al suministrador. 3. La indicación expresa de que las prórrogas de los contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de 15 días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización o indemnización por rescisión de contrato."*

La Propuesta de Resolución fue notificada a EDP Energía, S.A.U. el 20 de mayo de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

OCTAVO.- Alegaciones de EDP Energía a la Propuesta de Resolución.

El 7 de junio de 2016 se ha recibido en el Registro de la CNMC escrito de EDP Energía efectuando alegaciones en relación con la Propuesta de Resolución. Esencialmente, por medio de este escrito, EDP Energía alega lo siguiente:

- Que los consumidores de que trata el expediente, a pesar de estar conectados en baja tensión, son empresas con alto consumo energético y gran capacidad de negociación.
- Que no puede concurrir culpabilidad de EDP Energía en la comisión de la infracción, en la medida en que existían dudas razonables sobre la

aplicabilidad del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 a los clientes de que se trata.
- Que la sanción propuesta es manifiestamente desproporcionada.

Con base en estas alegaciones, EDP Energía solicita que se declare la inexistencia de infracción o, en su defecto, se imponga sanción en la cuantía correspondiente a las infracciones leves.

EDP Energía adjunta a su escrito de alegaciones las cuentas anuales de la empresa denunciante, [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD], que reflejan un importe neto de la cifra de negocio de 1.518.832,55 euros en 2014.

NOVENO.- Elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 10 de junio de 2016, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

DÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió, en fecha 22 de diciembre de 2016, informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento los que así han sido recogidos en la Propuesta de Resolución, los cuales no han sido desvirtuados ni contradichos por el imputado:

PRIMERO. Para los consumidores de baja tensión denominados B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A, EDP Energía tiene establecida en los correspondientes contratos de suministro de electricidad una condición general primera («Objeto y plazo de vigencia del contrato»), cuyo tercer párrafo tiene el siguiente contenido literal: *«El plazo de vigencia del contrato será el señalado en las condiciones particulares. No obstante, el presente contrato se entenderá prorrogado por periodos anuales, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, notificada a*

la otra parte por escrito y con una antelación mínima de dos meses a la fecha de vencimiento del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas.»

Según consta en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, la denuncia de fecha 1 de septiembre de 2014 de [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD] vino acompañada de una copia del contrato de suministro de electricidad firmado con EDP Energía (entonces denominada Hidrocantábrico Energía, S.A.U.) el 25 de junio de 2013, en cuyas condiciones generales consta una condición primera bajo el título «Objeto y plazo de vigencia del contrato», cuyo tercer párrafo establece lo siguiente: *«El plazo de vigencia del contrato será el señalado en las condiciones particulares. No obstante, el presente contrato se entenderá prorrogado por periodos anuales, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, notificada a la otra parte por escrito y con una antelación mínima de dos meses a la fecha de vencimiento del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas.»*

En la contestación a la solicitud de información cursada por esta Comisión en fecha 26 de marzo de 2015, en el marco de las actuaciones previas seguidas como consecuencia de la denuncia citada, EDP Energía se refirió en su escrito de 23 de abril de 2015 a las circunstancias concretas concurrentes en «*la indemnización facturada a* [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD]». Respecto de los hechos relativos a la prórroga del contrato, EDP Energía señaló: «*…el cliente estaba bajo la prórroga de un contrato anual que se inició en 1/7/2013. La prórroga comenzó entonces el 1/7/2014. El contrato quedó rescindido el 7/8/2014, de acuerdo con las comunicaciones y facturas de peaje recibidas de la distribuidora. Por tanto hay 327 días que quedaron pendientes de suministrar.*»

Asimismo en la citada contestación de fecha 23 de abril de 2015, EDP Energía señala que «*en los contratos de baja tensión* […] *tiene 2 tipos de cláusulas que recogen indemnizaciones en caso de rescisión anticipada de contrato*», refiriéndose en concreto en la letra «*B)*» a «*los clientes B2B (empresas y grandes cuentas)*».

En consecuencia, se considera probado que para los consumidores de baja tensión denominados B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A, EDP Energía tiene establecida en los correspondientes contratos de suministro de electricidad una condición general primera («Objeto y plazo de vigencia del contrato»), cuyo tercer párrafo tiene el siguiente contenido literal: *«El plazo de vigencia del contrato será el señalado en las condiciones particulares. No obstante, el presente contrato se entenderá prorrogado por periodos anuales, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, notificada a la otra parte por escrito y con una antelación mínima de dos meses a la fecha de vencimiento del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas.»*

SEGUNDO. Para los consumidores de baja tensión denominados B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A, EDP Energía tiene establecida en los correspondientes contratos de suministro de electricidad una condición general decimosexta («Resolución anticipada del contrato»), del siguiente tenor literal: *«La resolución unilateral e injustificada de este contrato, devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato, o, en su caso, de sus sucesivas prórrogas (que se indica en el apartado Consumo Previsto), y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución, renunciando la parte afectada a reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. Dicha resolución deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación, a la fecha efectiva de resolución.»*

Según consta igualmente en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, la denuncia de fecha 1 de septiembre de 2014 de [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD] vino acompañada de una copia del contrato de suministro de electricidad firmado con EDP Energía el 25 de junio de 2013, en cuyas condiciones generales consta una decimosexta bajo el título «Resolución anticipada del contrato», cuyo contenido literal es el siguiente: *«La resolución unilateral e injustificada de este contrato, devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato, o, en su caso, de sus sucesivas prórrogas (que se indica en el apartado Consumo Previsto), y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución, renunciando la parte afectada a reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. Dicha resolución deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación, a la fecha efectiva de resolución.»*

En la contestación a la solicitud de información cursada por esta Comisión en fecha 26 de marzo de 2015, en el marco de las actuaciones previas seguidas como consecuencia de la denuncia de [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD], EDP Energía respondió a la pregunta «*Indique el tipo de cláusulas incluidas en sus contratos de baja tensión por tipo de producto que recogen las penalizaciones previstas en caso de rescisión anticipada de contrato*», de la siguiente forma:

«*B) Para los clientes B2B (empresas y grandes cuentas), esta cláusula es la siguiente:*
"RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO.- La resolución unilateral e injustificada de este contrato, devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al

resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato, o, en su caso, de sus sucesivas prórrogas (que se indica en el apartado Consumo Previsto), y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución, renunciando la parte afectada a reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. Dicha resolución deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación, a la fecha efectiva de resolución.»

En consecuencia, se considera probado que para los consumidores de baja tensión denominados B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A, EDP Energía tiene establecida en los correspondientes contratos de suministro de electricidad una condición general decimosexta («Resolución anticipada del contrato»), cuyo contenido literal es el que consta reiterado tanto en el contrato suscrito con [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD] en fecha 25 de junio de 2013, como en la contestación de EDP Energía de 23 de abril de 2015.

TERCERO. A fecha 23 de abril de 2015, EDP Energía disponía de 2.946 contratos de suministro de electricidad con consumidores de baja tensión con tarifa de acceso 3.0A denominados B2B (empresas y grandes cuentas) que tenían incluida la referida condición decimosexta («Resolución anticipada del contrato»), con el contenido literal que consta en el Hecho Probado Segundo.

En la contestación a la solicitud de información cursada por esta Comisión en fecha 26 de marzo de 2015, en el marco de las actuaciones previas seguidas como consecuencia de la denuncia de continua referencia, EDP Energía presentó un escrito de 23 de abril de 2015 respondiendo a la pregunta «*Indique el porcentaje de contratos que incluye la misma penalización/indemnización sobre la base de clientes que tiene contratado el suministro de electricidad en la tarifa de acceso 3.0.A*», de la siguiente forma:

«*De los clientes con peaje de acceso 3.0.A, tenían incluida en su contrato la referida cláusula de indemnización* […] *2.946 clientes B2B.*»

En consecuencia se considera probado que, a fecha 23 de abril de 2015, EDP Energía disponía de 2.946 contratos de suministro de electricidad con consumidores de baja tensión con tarifa de acceso 3.0A denominados B2B (empresas y grandes cuentas) que tenían incluida la referida condición decimosexta («Resolución anticipada del contrato»), con el contenido literal que consta en el Hecho Probado Segundo.

CUARTO. La aplicación de la condición decimosexta del contrato de suministro de electricidad de 25 de junio de 2013 suscrito por EDP Energía con el consumidor B2B de baja tensión con tarifa de acceso 3.0A

[CONSUMIDOR ELECTRICIDAD]**, como consecuencia de la resolución anticipada el 7 de agosto de 2014 del contrato prorrogado con efecto anual desde el 1 de julio de 2014, determinó la emisión de una factura de EDP Energía de fecha 22 de agosto de 2014 por importe de 2.400 euros.**

En la contestación a la solicitud de información cursada por esta Comisión en fecha 26 de marzo de 2015, en el marco de las actuaciones previas seguidas como consecuencia de la denuncia de [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD], EDP Energía, por medio del escrito presentado el 23 de abril de 2015, y respecto a la pregunta «*Indique en el caso objeto de esta reclamación, la penalización/indemnización establecida y su justificación, así como el importe correspondiente al precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro*», respondió de la siguiente forma:

> «*La indemnización facturada a* [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD] *fue de 2.400 euros. Tal indemnización se calculó como 1,0 c€/kWh por una energía de 240.000 kWh recogida en las condiciones particulares del contrato del cliente.* […] *El cliente estaba bajo la prórroga de un contrato anual que se inició en 1/7/2013. La prórroga comenzó entonces el 1/7/2014. El contrato quedó rescindido el 7/8/2014, de acuerdo con las comunicaciones y facturas de peaje recibidas de la distribuidora.*»

Asimismo, [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD]. adjuntó a su escrito de denuncia de fecha 1 de septiembre de 2014 copia de la factura emitida por EDP Energía el 22 de agosto de 2014, con el concepto «*Indemnización según Contrato Resolución Anticipada:240.000 kWh x 1 cent Euro/kWh*», por importe de 2.400 euros.

En consecuencia se considera probado que la aplicación de la condición decimosexta del contrato de suministro de electricidad de 25 de junio de 2013 suscrito por EDP Energía con el consumidor B2B de baja tensión con tarifa de acceso 3.0A [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD], como consecuencia de la resolución anticipada el 7 de agosto de 2014 del contrato prorrogado con efecto anual desde el 1 de julio de 2014, determinó la emisión de una factura de EDP Energía de fecha 22 de agosto de 2014 por importe de 2.400 euros.

QUINTO. La cuantía de los importes facturados por EDP Energía en el año 2014 por el concepto de «Indemnización según Contrato Resolución Anticipada» a sus clientes de baja tensión denominados B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A es de 66.724,64 euros, afectando a un total de 19 clientes.

En la contestación a la solicitud de información cursada por esta Comisión en fecha 26 de marzo de 2015, en el marco de las actuaciones previas seguidas como consecuencia de la denuncia ya referida, EDP Energía, mediante el escrito

presentado el 23 de abril de 2015, y en relación con la pregunta «*Indique la cuantía de los importes facturados en el año 2014 por el concepto de "Indemnización según Contrato Resolución Anticipada" y el número de contratos a los que ha afectado del total de los que incluye esta cláusula en ese mismo año* […]», respondió de la siguiente forma:

> «*El importe facturado por este concepto en el año 2014 a los clientes de baja tensión ha sido de 66.724,64 € y el número de clientes afectados ha sido 19 del total de 3.414 clientes que tenían en su contrato la cláusula de indemnización (3.199 de peaje 3.0A y 215 de peajes 2.X). No se ha facturado indemnización a ningún cliente B2C, los 19 clientes facturados son B2B con peaje 3.0A.*»

Asimismo, en el escrito de alegaciones de EDP ENERGÍA de fecha 20 de octubre de 2015 (alegación sexta) se manifiesta que «*únicamente se facturó esa indemnización a 19 clientes, siendo el importe total facturado de 66.724 €*».

En consecuencia se considera probado que la cuantía de los importes facturados por EDP ENERGÍA en el año 2014 por el concepto de «Indemnización según Contrato Resolución Anticipada» a sus clientes de baja tensión denominados B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A es de 66.724,64 euros, afectando a un total de 19 clientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en el incumplimiento de las medidas de protección del consumidor, materia objeto del presente procedimiento (incumplimiento tipificado en el artículo 65.25 de Ley 24/2013). En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como en el artículo 11 y siguientes del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado mediante Real Decreto 1398/1993), normativa vigente en el momento de iniciación del procedimiento.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

III.1. Sobre las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía en baja tensión.

Al respecto de la tipicidad, debe partirse de lo establecido en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión:

> «*Con carácter general, los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores tendrán una duración máxima de un año, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración. Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato.*
>
> *En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro. A este efecto, se empleará el método de estimación de medidas vigente para el cambio de suministrador.*»

De acuerdo con lo que resulta del artículo 6.1.g) de la Ley 24/2013 (que define el concepto de «*consumidores*») y del artículo 2 del citado Real Decreto 1435/2002, esta previsión reglamentaria es aplicable a todos las personas que consuman electricidad (se trate, o no, de clientes domésticos o de personas físicas o jurídicas) y estén conectadas a redes de baja tensión.

En efecto, la Ley 24/2013 define a los consumidores como «*las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo*». Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto 1435/2002 dispone que esta norma reglamentaria «*es de aplicación a los consumidores en baja tensión que adquieren su energía*

a tarifa de suministro o a través de un comercializador, a los distribuidores y a los comercializadores de energía eléctrica como participantes en los procesos necesarios para el suministro de electricidad a dichos consumidores».

Por tanto, y en lo que aquí interesa, el concepto amplio de consumidor que ofrece la Ley 24/2013 se constriñe reglamentariamente por el Real Decreto 1435/2002 a los efectos de establecer las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y acceso a redes en baja tensión, de modo que, a dichos efectos, se considera consumidor a aquél en baja tensión que adquiere su energía a tarifa de suministro o a través de un comercializador.

En conclusión, respecto al establecimiento de las condiciones básicas de los contratos de suministro de energía eléctrica, y a los efectos de la normativa expuesta, se considera consumidor a cualquier persona física o jurídica que adquiere energía eléctrica en baja tensión.

III.2. Sobre la infracción de las medidas de protección al consumidor de electricidad.

Sentado el anterior concepto, y retornando al punto de partida de la condición básica de los contratos de suministro antes expuesta, consistente en que las prórrogas de dichos contratos podrán ser rescindidas por tales consumidores con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato (artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002), resulta preciso acudir al tipo de infracción grave establecido en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, del siguiente tenor:

> «*Son infracciones graves:*
> […]
> *25. 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.*»

Ha de indicarse que este mismo tipo infractor, en el aspecto que aquí interesa sobre incumplimiento de las medidas de protección del consumidor, se encontraba ya previsto en la precedente Ley 54/1997, que tipificaba "*El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a los consumidores, así como de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y su normativa de desarrollo"*.

De este modo, cuando EDP celebró en junio de 2013 su contrato de suministro de energía con el denunciante, ya estaba tipificada la conducta mencionada. Se trata, no obstante, de una actuación en la que se ha persistido de forma continuada (consumándose así bajo la vigencia de la nueva Ley 24/2013) en la medida en que EDP, con unidad de propósito, ha mantenido esas cláusulas bajo la vigencia de la nueva Ley, ha advertido asimismo de su aplicación y ha facturado en atención a lo establecido en las mismas, habiendo cobrado en concreto en 2014 la cifra de 66.724,64 euros ya mencionada.

Pues bien, considerando el objeto de la regulación establecida en el Real Decreto 1435/2002, esto es, el establecimiento de las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía eléctrica, resulta obvio que estas condiciones –se insiste aquí, calificadas de «*básicas*»- constituyen indudables medidas de protección al consumidor a los efectos de lo establecido en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013. Baste para corroborarlo acudir al preámbulo del propio Real Decreto 1435/2002, en cuanto destaca que *«resulta evidente que un incremento tan importante en la liberalización del suministro eléctrico, permitiendo que todos los consumidores de energía eléctrica puedan escoger suministrador, sólo es posible si se basa en sistemas que garanticen la adecuada protección del consumidor, minimicen la carga de trabajo de éste, estandaricen la información a transmitir y los medios por los que se remite y asignen adecuadamente los costes que ocasionan los suministros»*.

III.3. Sobre la conducta desarrollada por EDP Energía.

Fijado el tipo infractor grave y su concreción en el incumplimiento de medidas de protección al consumidor, establecidas en concreto como condiciones básicas de los contratos de suministro de cualquier persona física o jurídica que adquiere energía eléctrica en baja tensión, es preciso detenerse ahora en los hechos probados que constan en la presente propuesta.

Los hechos que motivaron la incoación del procedimiento sancionador fueron los siguientes: *«…el presunto establecimiento, en los contratos de suministro de energía eléctrica, de cláusulas contractuales contrarias a las medidas establecidas por la normativa sectorial para la protección de los consumidores eléctricos. En concreto, tales cláusulas consistirían en el establecimiento de penalizaciones que se aplicarían en los supuestos de cambio de suministrador llevados a cabo por consumidores no domésticos, a pesar de que se cumpliera por parte de éstos el preaviso de quince días establecido para la rescisión de las prórrogas.»* (Apartado II del Acuerdo de incoación, de 24 de septiembre de 2015.)

Una vez instruido el procedimiento, y tal como se ponía de relieve en la Propuesta de Resolución, se concluye que, considerando el contenido de los dos primeros hechos probados a la luz del análisis precedente sobre las medidas concretas de protección al consumidor establecidas en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 y del tipo infractor grave fijado en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, EDP Energía ha incurrido en una conducta típica consistente en el incumplimiento de medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la citada Ley y su normativa de desarrollo, incumplimiento que se ha producido, en concreto, por motivo de la inclusión de las siguientes condiciones en el contrato de suministro de energía eléctrica en baja tensión de los clientes denominados B2B:

1. La condición que dispone que la resolución unilateral e injustificada del contrato devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre el consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución (Hecho Probado Segundo): Esta cláusula infringe la condición básica que establece que, cuando se rescindiera un contrato a causa del consumidor antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro.

2. La condición de penalización antes citada de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre el consumo global en kWh previsto para todo el periodo de la correspondiente prórroga y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución (Hecho Probado Segundo): Esta cláusula infringe la condición básica que dispone que las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato.

3. Las condiciones que disponen i) que el contrato se entenderá prorrogado por periodos anuales, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes notificada a la otra parte por escrito y con una antelación mínima de dos meses a la fecha de vencimiento del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas (Hecho Probado Primero) y ii) que la resolución unilateral e injustificada del contrato deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación a la fecha efectiva de resolución (Hecho Probado Segundo): Estas cláusulas infringen la condición básica que dispone que las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación.

III.4. Sobre las alegaciones iniciales de EDP Energía relativas a la tipificación de los hechos.

La consideración de que la conducta de EDP Energía está tipificada como infracción grave por la Ley 24/2013 no se ve perjudicada por las alegaciones presentadas por esta empresa frente al Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador relativas a la tipicidad de la conducta, como a continuación se motiva.

Por lo que se refiere a la alegación relativa a la regulación de los **contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre**, hay que indicar que, ni la invocación del contenido de los artículos 71 y 81.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, ni del artículo 44 de la Ley 24/2013, determinan una incompatibilidad con lo dispuesto por el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002. Por tanto, el hecho de que *«en los contratos de suministro de energía eléctrica en el mercado libre, los consumidores y las compañías suministradoras pactan las condiciones de dicho contrato libremente»*, no es contradictorio en absoluto con la existencia de una condición básica de protección a un concreto grupo de consumidores -entendido según ya se ha argumentado como cualquier persona física o jurídica que adquiere energía eléctrica en baja tensión-, consistente en que las prórrogas de los contratos de suministro podrán ser rescindidas por tales consumidores con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato.

Tampoco obsta a ello la afirmación del imputado de que *«las relaciones entre un consumidor y un comercializador en el mercado libre corresponden al derecho privado al sustentarse en lo dispuesto en el contrato pactado entre las partes, por lo que se considera que la interpretación de tales actos privados excede de las competencias de la CNMC»*, por cuanto -como ya se ha dicho- corresponde a esta Comisión iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores relativos al incumplimiento por parte de las empresas comercializadoras de electricidad de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la Ley 24/2013 y su normativa de desarrollo.

Procede también rechazar la invocación del Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de 8 de enero de 2015 por el que se da contestación a la solicitud de informe de la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias en materia de penalización por cambio de suministrador de gas natural (INF/DE/0031/14), pues, obviamente, las conclusiones de dicho informe no son extrapolables al sector de la energía eléctrica en el que, a los efectos de regulación de las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, rige el Real Decreto 1435/2002, con las prescripciones que el mismo expresamente establece. Además, debe tenerse en

cuenta que en el propio Acuerdo al que se refiere EDP Energía se señala que *"esta Comisión toma nota de su escrito a efectos de detección y persecución de conductas que afecten al funcionamiento competitivo del mercado minorista de gas natural"*.

En relación con las alegaciones de EDP Energía sobre los **consumidores con peaje 3.0A**, han de desestimarse también en cuanto pudieran afectar a la tipificación de los hechos probados. En concreto, no pueden acogerse los argumentos relativos a la potencia contratada ni al volumen de energía consumida, lo que determinaría a juicio de esa comercializadora que estos consumidores «*no son pequeños consumidores ni consumidores vulnerables, sino que la mayor parte son empresas, que no requieren el mismo nivel de protección que un consumidor doméstico*». Como ya se ha motivado, las condiciones básicas de protección al consumidor de energía eléctrica recogidas en el Real Decreto 1435/2002 aplican a cualquier persona física o jurídica que adquiere energía eléctrica en baja tensión, con independencia de la potencia contratada y del volumen de energía consumida. Por tanto, esas condiciones básicas resultan indubitadamente de aplicación a los consumidores de baja tensión denominados -por EDP Energía- B2B (empresas y grandes cuentas) con tarifa de acceso 3.0A, hecho que confirma la tipicidad de la conducta infractora.

En lo que respecta a la alegación relativa al **tenor literal del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002** y sus posibles consecuencias sobre la tipificación de los hechos que se consideran probados, cumple señalar en primer lugar que la expresión «*con carácter general*» con la que comienza el citado apartado no puede amparar en ningún caso y como pretende EDP Energía la excepción de «*casos particulares en los que se pacte otra cosa en el contrato*» pues, como ya se ha motivado, esas medidas de protección aplican a todos los contratos de suministro en baja tensión celebrados entre los comercializadores y los consumidores de una forma "general". Asimismo y en segundo lugar, no puede acogerse la alegación de que «*el segundo párrafo de este artículo* […] *no prohíbe las indemnizaciones el segundo año de contrato, dejando lo que ocurra en ese segundo año a lo que se haya pactado en el contrato*», pues el Reglamento establece con toda claridad que «*las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato*».

Al hilo de la anterior alegación, EDP Energía argumenta que la condición decimosexta de los contratos de suministro de electricidad suscritos con los consumidores acogidos al peaje 3.0A constituye una indemnización de daños y perjuicios y no una penalización, que es la práctica prohibida por el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002. Sin embargo, tal distinción de conceptos es puramente instrumental y contradictoria con el verdadero contenido de la cláusula en cuestión, como se justifica a continuación.

En primer lugar es preciso señalar el carácter automático de la condición decimosexta, con independencia de la concurrencia o no de daños y perjuicios reales en el caso concreto de la resolución contractual de que se trate. El propio escrito de EDP Energía de fecha 23 de abril de 2015 (antecedente de hecho segundo de la presente resolución), al tratar de justificar «*el valor unitario de la indemnización aplicada por una comercializadora en casos de rescisión anticipada*», argumenta que *«si el cliente rescinde el contrato anticipadamente, la comercializadora deberá "deshacer" en el mercado a plazo la cobertura realizada, pudiéndose ver perjudicada por la volatilidad de estos mercados*». Obviamente el supuesto perjuicio depende de la fluctuación del mercado de modo que, si la volatilidad alegada operase en beneficio de la comercializadora, el resultado sería favorable a ésta, sin que la condición decimosexta deje de aplicarse por ello. Por tanto, no cabe sostener en esta contradicción la naturaleza indemnizatoria de la cláusula en cuestión.

En segundo lugar, la aplicación de esa condición incluye la renuncia expresa a «*reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios*», lo que revela *sensu contrario* su verdadera naturaleza de penalización dineraria automática, ajena a los daños y perjuicios concurrentes y sustitutoria de la indemnización correspondiente, en su caso. A este respecto se trae a colación el contenido del artículo 1152 del Código Civil, que dispone que «*en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*».

En tercer lugar, la propia EDP Energía utiliza indistintamente los conceptos de penalización e indemnización en sus alegaciones de fecha 20 de octubre de 2015 –por ejemplo: i) página 6 «*el segundo párrafo de este artículo regula la penalización máxima que puede aplicarse si la resolución se produce durante el primer año de vigencia del contrato, pero no prohíbe las indemnizaciones el segundo año del contrato*»; ii) página 9 «*la normativa posterior al RD 1435/2002 no limita la posibilidad de establecer penalizaciones al primer año del contrato*»; o, sin ánimo de exhaustividad, iii) página 12 «…*dicha norma no prohíbe la aplicación de penalizaciones el segundo año del contrato, sino que sólo limita el importe máximo que se puede cobrar por este concepto si la resolución se produce antes de iniciada la primera prórroga. Y tampoco impide la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios efectivamente causados*»-, lo que viene a poner de manifiesto que la pretendida distinción de conceptos no se corresponde con la realidad del alcance de la condición en cuestión.

En cuarto lugar, EDP Energía pretende que durante el primer año de vigencia del contrato de suministro esa cantidad económica tenga la naturaleza de penalización –por estar así permitido, aun con diferente cuantía, por el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002- y en años sucesivos derivados de las

correspondientes prórrogas contractuales la de indemnización de daños y perjuicios, tal y como manifiesta al sostener –página 6 de su escrito de alegaciones de 20 de octubre de 2015- que *«el segundo párrafo de este artículo regula la penalización máxima que puede aplicarse si la resolución se produce durante el primer año de vigencia del contrato, pero no prohíbe las indemnizaciones el segundo año del contrato, dejando lo que ocurra en ese segundo año a lo que se haya pactado en el contrato»*. Esta pretensión no puede sostenerse en la redacción del citado artículo del Real Decreto 1435/2002 y revela de nuevo una contradicción incompatible con la verdadera naturaleza de la condición.

En definitiva, a la luz de los argumentos expuestos, no cabe acoger la pretensión de EDP Energía sobre la naturaleza indemnizatoria de la condición decimosexta de su contrato de suministro, procediendo desestimar esta alegación y confirmar la tipicidad de su actuación por infracción del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002.

Por último, EDP Energía alega que la **normativa posterior al Real Decreto 1435/2002** no limita la posibilidad de establecer penalizaciones al primer año de contrato, invocando el artículo 2.16 del Real Decreto 1454/2005 (que introdujo el artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000) y los artículos 14.8 y 19.1 f) del Real Decreto 216/2014, así como la Guía informativa para consumidores de electricidad de la CNMC de diciembre de 2014 y el Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad recogidas en el comparador de la CNMC de 8 de enero de 2015.

Al respecto se reitera que el contenido de estas normas no resulta contradictorio con la existencia de una condición básica de protección a un concreto grupo de consumidores, establecida en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, consistente en que las prórrogas de los contratos de suministro de energía eléctrica en baja tensión podrán ser rescindidas por esos consumidores con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato. En concreto, ello no se opone al contenido mínimo de los contratos suscritos con los clientes domésticos (artículo 110 ter del Real Decreto 1955/2000), a las condiciones propias y específicas de la oferta a precio fijo anual para los consumidores con derecho al precio voluntario para el pequeño consumidor (artículo 14 del Real Decreto 216/2014), ni al contenido mínimo de los contratos de suministro suscritos con los comercializadores de referencia (artículo 19 del citado Real Decreto).

Igualmente, la regulación establecida en el Real Decreto 1435/2002 es compatible y congruente con las reglas generales citadas en la Guía informativa para consumidores de electricidad de la CNMC de diciembre de 2014 (posibilidad de incluir penalizaciones en las ofertas de suministro en el mercado libre que no excedan del 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de

suministro), cuya recomendación general es perfectamente compatible con la regla de protección al consumidor de baja tensión contemplada en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002.

En conclusión, una vez desestimadas todas las alegaciones de EDP Energía al respecto, y considerando, por un lado, los hechos probados señalados, y por el otro, las medidas concretas de protección al consumidor establecidas en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 y el tipo infractor fijado en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, procede confirmar que EDP Energía ha incurrido en una conducta típica constitutiva de infracción grave, consistente en el incumplimiento de medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la citada Ley y su normativa de desarrollo.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

IV.1 Consideraciones generales.

Una vez acreditada la existencia de una infracción cometida 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.

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.»*

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso.

En el presente caso concurre una culpabilidad, considerando que EDP Energía incorporó, de forma consciente, sendas condiciones generales primera y decimosexta en sus contratos de suministro de electricidad con consumidores de baja tensión con tarifa de acceso 3.0A denominados B2B (empresas y grandes cuentas). Así resulta de los hechos probados Primero, Segundo y Tercero de la presente propuesta.

Por lo demás, las alegaciones presentadas por EDP Energía no desvirtúan ese hecho consistente en la decisión deliberada de incorporar esas condiciones, ni excusan tampoco la actuación.

En primer lugar, la invocación de la regulación de los contratos de suministro de energía en el mercado libre no permite a EDP Energía obviar las medidas de protección al consumidor, establecidas como condiciones básicas de dichos contratos de suministro cuando éstos se suscriben con consumidores que adquieren energía eléctrica en baja tensión.

En segundo lugar, EDP Energía no puede justificar su actuación en la pretensión de que los consumidores con peaje 3.0A no son consumidores pequeños, ni vulnerables, ni domésticos. Como ya se ha motivado suficientemente, el ámbito subjetivo de protección de las condiciones básicas establecidas en el Real Decreto 1435/2002 incluye a todos los consumidores en baja tensión, circunstancia cuyo conocimiento es obviamente exigible a una comercializadora con un volumen de negocio tan elevado como la empresa infractora. En este sentido, el hecho de que EDP Energía incluya dos condicionados generales distintos en función de que los clientes suministrados sean los denominados B2C (domésticos y PYMES) o B2B (empresas y grandes cuentas) –según manifiesta en su escrito de fecha 23 de abril de 2015-no hace más que corroborar su actuación intencionada y plenamente consciente de establecer unas cláusulas más onerosas a los segundos, con la consiguiente infracción de medidas de protección de todos los consumidores en baja tensión.

En tercer lugar, ni la redacción literal del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 –que comienza con la expresión «*con carácter general*»- ni la pretendida distinción entre los conceptos de penalización e indemnización por daños y perjuicios excluyen la culpabilidad dolosa de EDP Energía:

Por un lado, y como ya se ha dicho, las medidas de protección del Real Decreto 1435/2002 aplican a todos los contratos de suministro en baja tensión celebrados entre los comercializadores y los consumidores.

Por otro lado, y según ya queda motivado también, EDP Energía incluye bajo la expresión «*cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios*» el

contenido de una genuina cláusula de penalización, que se concreta en una cantidad dineraria resultante de la aplicación en todo caso de una fórmula matemática, ajena a la consideración de los daños y perjuicios efectivamente concurrentes y sustitutoria de la indemnización que pudiera realmente corresponder, tal y como sucede en la condición decimosexta de las condiciones generales de los contratos de suministro suscritos con 2.946 clientes de baja tensión B2B con tarifa de acceso 3.0A –Hecho Probado Tercero-. Las alegaciones al respecto de EDP Energía –alegación cuarta de su escrito de 20 de octubre de 2015- revelan un enmascaramiento de la naturaleza de la penalización en cuestión, que implica la elusión de una medida de protección al consumidor.

Por último, y según ya queda asimismo justificado en la presente resolución, la normativa posterior al Real Decreto 1435/2002 –alegación quinta del escrito de EDP Energía de 20 de octubre de 2015- no perjudica a las medidas de protección al consumidor establecidas como condiciones básicas de los contratos de suministro de energía eléctrica, cuando éstos se suscriben con consumidores que adquieren energía eléctrica en baja tensión. Por tanto, esta alegación tampoco excluye la actuación culpable de EDP Energía, desestimándose también a estos efectos de la culpabilidad.

V. ALEGACIONES DE EDP ENERGÍA EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

V.1. Las alegaciones presentadas con respecto a la Propuesta de Resolución.

En el escrito presentado con respecto a la Propuesta de Resolución, EDP Energía efectúa alegaciones con relación a los tres aspectos siguientes:

- Dentro del grupo de consumidores de energía en baja tensión hay empresas que tienen un amplio margen de negociación. Se trata de los consumidores que EDP Energía califica de B2B, categoría en la que sitúa a los clientes con consumo superior a 200.000 kWh/año, y que suelen ser titulares de varios puntos de suministro; entre ellos –expone EDP Energía- se encuentra la empresa denunciante, [CONSUMIDOR ELECTRICIDAD], con un importe de neto de la cifra de negocio de 1.518.832 euros en 2014. Al respecto de este argumento, EDP Energía manifiesta, esencialmente, lo siguiente:

    - *"…aunque la normativa eléctrica no contempla tipificación alguna, es obvio que no debe darse el mismo tratamiento a todos los consumidores puesto que la capacidad de negociación que tienen, por ejemplo, los consumidores domésticos o los pequeños negocios frente a los consumidores industriales es muy distinta, lo que hace que sean merecedores de distintos niveles de protección."*

- *"…los consumidores con peaje de acceso 3.0A que EDP incluye dentro de la categoría B2B, a pesar de estar conectados en baja tensión, son empresas de alto consumo energético y gran capacidad de negociación, que no justifica un nivel de protección tan elevado como el del resto de consumidores de baja tensión."*

- No concurre culpabilidad de parte de EDP Energía porque existían dudas razonables acerca de la aplicabilidad del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 a los consumidores que, por sus características, no son merecedores de una especial protección, como los clientes B2B de EDP Energía; en concreto, EDP Energía señala que tales dudas se derivan de que la redacción del artículo 4.5 parece admitir la existencia de casos particulares en que esté justificado un tratamiento diferente al que el precepto establece, y señala, asimismo, que tales dudas se derivan también de la evolución normativa posterior, ya que el Real Decreto estaba establecido para el momento inicial de liberalización. Al respecto, EDP destaca que la normativa sectorial eléctrica adolece de falta de coherencia, refiriéndose en unas ocasiones a "consumidores en baja tensión", pero en otras a conceptos diferentes como son "consumidores domésticos", "pequeños consumidores", "consumidores finales" o también "consumidores vulnerables".

  EDP Energía afirma, en este sentido, lo siguiente:

  - *"Esta variedad de denominaciones y matices empleados por la normativa para designar a los consumidores, junto con la falta de una definición de qué consumidores se incluyen dentro de cada categoría, genera una gran incertidumbre a la hora de aplicar la normativa."*
  - *"…no es coherente ni lógico ofrecer el mismo nivel de protección a los consumidores domésticos o pequeños negocios sin poder de negociación que a las grandes empresas o a los consumidores industriales."*

  De todo ello, concluye EDP Energía que no hubo intencionalidad en su actuación, y resalta que *"el Tribunal Supremo (véase STS de 24 de junio de 1992, RJ 1992/6092) ha señalado que, incluso en el caso de que concurra "ilicitud o torpeza" en determinada actuación de un administrado, tal circunstancia no es por si misma suficiente para que se estime procedente la imposición de una sanción"*.

- La multa propuesta resulta manifiestamente desproporcionada en relación a la gravedad del hecho imputado.

  Con respecto a este argumento, EDP Energía se refiere a determinados casos de sanciones publicadas por la CNMC en relación con infracciones de la normativa sectorial de energía cometidas por empresas comercializadoras

(en materia de disponibilidad de teléfono gratuito, falta de adquisición de la energía necesaria, rescisión unilateral de contratos o vulneración del derecho de elección del consumidor), casos todo ellos en los que la sanción impuesta es muy inferior a la propuesta.

EDP Energía termina su escrito de alegaciones solicitando el archivo del procedimiento, o, en su defecto, la imposición de una sanción en la cuantía correspondiente a las infracciones leves.

V.2. Valoración de las alegaciones relativas a la Propuesta de Resolución.

Según se ha expuesto, EDP Energía efectúa tres alegaciones con relación a la Propuesta de Resolución. Se procede, seguidamente, a su valoración:

V.2.1. Sobre las empresas que consumen electricidad en baja tensión.

El primero de los argumentos utilizados por el imputado (acerca del margen de negociación de los consumidores de tipo empresarial, B2B) ha sido ya valorado en esta Resolución con ocasión del análisis de la tipicidad de la conducta.

Ya se ha señalado que las prescripciones contenidas en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 (prescripciones que la conducta del imputado infringe) son de aplicación en relación con cualquier consumidor en baja tensión. Los artículos 1 ("Objeto") y 2 ("Ámbito de aplicación") del Real Decreto 1435/2002 son muy claros al respecto:

- Artículo 1:
  "El presente Real Decreto tiene por objeto establecer las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y acceso a redes en baja tensión, de los procedimientos de gestión y administración de dichos contratos, procedimientos de cambio de suministrador y la forma de liquidar la energía a partir de la aplicación de perfiles de consumo."

- Artículo 2:
  "El presente Real Decreto es de aplicación a los consumidores en baja tensión que adquieren su energía a tarifa de suministro o a través de un comercializador, a los distribuidores y a los comercializadores de energía eléctrica como participantes en los procesos necesarios para el suministro de electricidad a dichos consumidores."

Adicionalmente, el preámbulo del Real Decreto 1435/2002 destaca que su objetivo es completar la regulación del suministro en aquellos aspectos que no estaban desarrollados, y hacer aplicable esa regulación a *todos los suministros que se efectúan en baja tensión*: *"El presente Real Decreto viene a completar la regulación existente relativa al suministro para hacerla extensiva a* ***la totalidad***

***de los consumidores de baja tensión**, de tal forma que sea posible la plena elegibilidad el 1 de enero de 2003."*

En este marco, cuando el artículo 4.5 del este Real Decreto regula la duración de los contratos y de las penalizaciones por rescisión (estableciendo las prescripciones que han sido infringidas por EDP Energía), se refiere, congruentemente, y de una manera expresa, a *"los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores"*. No hay ninguna exclusión en el precepto que avale la conclusión de que cierto tipo de consumidores de electricidad, aun recibiendo el suministro en baja tensión, no deban ser considerados protegidos por las prescripciones que el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 recoge.

En cualquier caso, frente al argumento del margen de negociación de los consumidores en baja tensión cuando son consumidores de tipo B2B (argumento esgrimido en su descargo por parte de EDP Energía), a juicio de esta Sala debe destacarse el carácter de cláusulas predispuestas que tienen las que se han analizado en el presente procedimiento: Se trata de unas condiciones de aplicación general incluidas en un modelo de contrato redactado por EDP Energía y destinado a la adhesión del consumidor. Así se observa en el propio contrato aportado por el denunciante (ver folio 7 del expediente administrativo), quien lo cierto es que, al margen de cuál sea su cifra de negocios, se acaba limitando a adherirse a unas "Condiciones Generales" de contratación, que eran las que tenía redactadas EDP Energía para este tipo de clientes, y que incluían las previsiones contrarias al artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 a las que se viene haciendo referencia. Las "Condiciones Particulares" del contrato se limitan esencialmente (ver folio 6 del expediente administrativo) a la determinación del precio, de la potencia del suministro y del modo de facturación (aspectos que ya las cláusulas segunda, tercera y quinta de las "Condiciones Generales" prevén que quedan a la definición de las "Condiciones Particulares").

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los límites a la libertad de disposición que derivan del artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002 tienen por finalidad una protección del consumidor vinculada de una forma directa al objetivo de fomento de la competencia que preside el Real Decreto 1435/2002. Se prevé, así, una duración máxima del contrato de suministro (duración máxima de un año, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar), un límite a las penalizaciones durante el primer año (no pueden exceder del 5% del precio del contrato en lo relativo a la energía pendiente de suministro, y deben quedar circunscritas además a los casos en que se produzca daño al comercializador), una prohibición de penalizaciones en los contratos que ya han durado un año (no procede cargo alguno en las rescisiones de prórrogas) y un reconocimiento de la facultad del consumidor de rescindir el contrato si éste ha durado ya más de un año (basta un preaviso de quince días).

Todas estas previsiones tienen por objeto impedir que los comercializadores puedan restringir la libertad de elección de los consumidores vinculándolos en contratos con largos períodos de duración o en los que se limiten las facultades de rescisión del consumidor. La restricción de la competencia que se produce cuando no se respetan estas prescripciones debe evitarse al margen del carácter empresarial o no que tenga el consumidor en baja tensión de que se trate.

V.2.2. Sobre la culpabilidad concurrente.

En la segunda de sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, EDP Energía justifica que no concurre culpabilidad por su parte, porque había dudas razonables sobre la aplicabilidad del Real Decreto 1435/2002 a los consumidores B2B.

Al respecto de esta alegación, han de distinguirse los diferentes ámbitos sobre los que se proyecta la intencionalidad de EDP Energía en la comisión de la infracción:

En primer término, la intencionalidad que se valora es la de la voluntariedad en la aplicación de las condiciones de contratación a que se refieren los Hechos Probados. A este respecto, lo que ha quedado claro es que la aplicación de tales condiciones al denunciante no responde a un error. EDP Energía quería que el denunciante, como los demás consumidores B2B, tuvieran las condiciones de contratación que se han comprobado, porque precisamente las redactó con vistas a su aplicación a este tipo de clientes.

En un segundo término, lo que se valora es, por un parte, la consciencia de EDP Energía de que estas condiciones de contratación aplicadas a los consumidores B2B tienen el efecto de desincentivar el cambio de suministrador del comercializador (especialmente, la condición que contiene las penalizaciones por rescisión), y, por otra parte, la intención de la mencionada empresa, derivada de esa consciencia sobre los efectos de las condiciones establecidas, de hacer pasar las penalizaciones aplicadas como indemnizaciones por unos perjuicios que sufriría. Esta última intención no se pone de manifiesto sólo por lo manifestado por EDP Energía ante la CNMC en el marco del procedimiento (en sus alegaciones iniciales EDP Energía utilizó este argumento), sino, principalmente, del propio tenor de la cláusula redactada en sus *Condiciones Generales*, y de los argumentos sostenidos por EDP Energía frente al denunciante ante las razones que éste daba acerca de la vulneración de la normativa aplicable que se estaba produciendo.

En efecto, en su condición decimosexta, EDP Energía alude a que la cantidad a cobrar ante una rescisión anticipada de un contrato prorrogado es *"una indemnización en concepto de daños y perjuicios"*. Asimismo, ante las explicaciones del consumidor denunciante de que *"no se puede penalizar a partir*

del primer año en vigor del contrato" (carta de 2 de julio de 2014 dirigida a EDP Energía; folio 9 del expediente administrativo), EDP Energía dirige correo electrónico de 4 de julio de 2014 presentando la cantidad reclamada como *"solicitud de indemnización"* (ver folio 11 del expediente administrativo).

En las alegaciones presentadas durante el período de información previa, EDP Energía señalaba que lo lógico es que *"Una comercializadora que pretenda evitar riesgos, adquirirá la energía comprometida con sus clientes en los mercados a plazo en el momento del compromiso de suministro"*, y que *"Si el cliente rescinde el contrato anticipadamente, la comercializadora deberá "deshacer" en el mercado a plazo la cobertura realizada, pudiéndose ver perjudicada por la volatilidad de estos mercados"* (ver folio 20 del expediente administrativo). Ahora bien, nos encontramos, sin embargo, en un caso, en que el consumidor manifiesta a EDP Energía su intención de cambiar de comercializador el 2 de julio de 2014 y en el que el cambio se produce el 7 de agosto de 2014, y en que, pese a ese margen de tiempo de preaviso, se aplica una penalización de 2.400 euros.

Pues bien, al margen de la contratación a plazo, el mercado dispone de un segmento organizado (el mercado de electricidad gestionado por el Operador del Mercado, OMIE – Polo Español, S.A.) en el que, con carácter diario, se efectúan ofertas para la compra, venta o reventa de electricidad, y en el que se dispone incluso de un mercado intradiario, para ajustes posteriores al diario. En este contexto, un preaviso de quince días como el contemplado en la normativa (que sobradamente satisface el denunciante en el caso objeto de denuncia, pues preavisa con más de un mes) es tiempo suficiente para deshacer posiciones, y gestionar, como se juzgue más conveniente, la reventa de la energía comprada a plazo, si es que ése fue el caso, sin necesidad de que el consumidor deba esperarse cerca de diez meses (que son los que le quedarían de vigencia al contrato) para poder cambiar de suministrador sin que se le aplique esa penalización prevista por EDP Energía. Ello sin perjuicio de lo que ya se ha dicho previamente sobre la aplicación generalizada de la penalización que hace EDP Energía (al margen, de hecho, por tanto, de cuál fuera en cada momento la relación de precios diarios / precios a plazo que concurría, y al margen de si esa relación resultaba a favor del propio comercializador).

Realizadas estas aclaraciones acerca del ámbito al que se extiende la culpabilidad del recurrente (voluntad de aplicar a los consumidores B2B en baja tensión las condiciones de que trata el procedimiento, consciencia de su efecto desincentivador del cambio de suministro e intención de hacer pasar tales condiciones como una equitativa indemnización por perjuicios sufridos), resta por examinar las alegaciones de EDP Energía sobre la existencia de dudas razonables.

Para sostener su alegación de dudas razonables, EDP Energía alude a las expresiones confusas que emplea la normativa sectorial eléctrica con respecto a la calificación de los consumidores y a la aprobación de una nueva normativa legal con posterioridad al Real Decreto 1435/2002.

Sin embargo, el concepto de consumidor que empelaba la antigua Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (*"Los consumidores que son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo"*; artículo 9.g)) es idéntico al empelado en la nueva Ley 24/2013 (*"Los consumidores, que son las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo"*; artículo 6.g)), y contempla todo usuario final de la electricidad, al margen de que sea persona física o jurídica, y al margen de cuál sea el importe de negocio de esta última.

Por su parte, la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, contempla unas medidas de protección de los consumidores en general, y algunas otras que, al menos, han de referirse a determinados de estos consumidores (los vulnerables). En ningún punto impone que las medidas de protección sean exclusivamente aplicadas a los consumidores vulnerables; es más, contempla específicamente que ciertas medidas de protección (las relacionadas con la libertad de elección de suministrador) sean aplicadas a todo tipo de consumidores (en particular, a los consumidores de grandes cantidades de energía):

> *"Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables. A este respecto, cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos. Los Estados miembros garantizarán la aplicación de los derechos y las obligaciones relacionados con los clientes vulnerables. En particular, los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas. Garantizarán un nivel elevado de protección del consumidor, sobre todo en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales, la información general y los procedimientos de resolución de conflictos. Los Estados miembros velarán por que los clientes cualificados puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean. Al menos por lo que respecta a los clientes domésticos, estas medidas deberán incluir las que se enuncian en el anexo I."* (Art. 3.7 de la Directiva 2009/72/CE)

Por su parte, el concepto de cliente cualificado es el contenido en el artículo 33 de esta Directiva, que indica que es un concepto aplicado originariamente, precisamente, a consumidores con consumo de grandes cantidades de energía,

aunque es un concepto que a partir del 1 de enero de 2007, se aplica ya a *"todos los clientes"*:

> *"Los Estados miembros garantizarán que los clientes cualificados sean:*
> *a) hasta el 1 de julio de 2004, los clientes cualificados mencionados en los apartados 1 a 3 del artículo 19 de la Directiva96/92/CE* [consumidores con un consumo anual superior a 100 GWh, 40 GWh, 20 GWh ó 9 GWh, según se prevé en el precepto]. *Los Estados miembros publicarán anualmente, a más tardar el 31 de enero, los criterios de definición de estos clientes cualificados;*
> *b) a partir del 1 de julio de 2004, todos los clientes no domésticos;*
> *c) a partir del 1 de julio de 2007, todos los clientes."*
> (Art. 33.1 de la Directiva 2009/72/CE)

Así, resulta que las medidas de protección del consumidor que están orientadas a garantizar la libertad de cambio de suministrador son unas medidas que originariamente han sido establecidas, precisamente, para los consumidores de mayor consumo, si bien se trata de medidas que luego se extienden a los restantes consumidores en la medida en que la liberalización del suministro ha ido avanzando.

A mayor abundamiento, debe rechazarse, en todo caso, que pueda ser considerada como "razonable" la interpretación de que, cuando el Real Decreto 1435/2002 alude a *"consumidores en baja tensión"*, se pueda estar refiriendo sólo a cierto tipo de consumidores en baja tensión, y esté excluyendo unos que –conectados en baja tensión- tengan un volumen de consumo que pasaría a ser aquél que justamente EDP Energía quiera determinar (en concreto, los que tienen un consumo anual de más de 0,2 GWh, que es el umbral que EDP Energía ha querido considerar a los efectos de no aplicar las prescripciones contenidas en el artículo 4.56 del Real Decreto 1435/2002).

Finalmente, en cuanto a la incidencia de la nueva Ley 24/2013 en el Real Decreto 1435/2002, ésta queda claramente determinada en la disposición transitoria primera de la citada Ley (*"En tanto no se dicten las normas de desarrollo de la presente ley que sean necesarias para la aplicación de alguno de sus preceptos, continuarán aplicándose las correspondientes disposiciones en vigor en materia de energía eléctrica"*), con lo que no cabía duda razonable alguna sobre la vigencia de las medidas de protección establecidas en el Real Decreto mencionado.

V.2.3. Sobre la proporcionalidad de la multa.

Para justificar su alegación de falta de proporcionalidad en la multa propuesta, EDP Energía compara la sanción propuesta con otras sanciones impuestas por la CNMC. Ahora bien, esos sancionadores con los que EDP Energía hace la

comparación se refieren a conductas diferentes de la que es objeto de valoración en el presente procedimiento:

- Las sanciones impuestas por falta de disposición de un teléfono gratuito de atención al cliente no constituyen una medida de protección del consumidor orientada específicamente a garantizar la libertad de cambio de comercializador, y resulta que las multas mencionadas por EDP Energía se cometieron por parte de empresas con una cuota de mercado manifiestamente inferior a la de EDP Energía.

- Las sanciones por falta de adquisición de energía son de una naturaleza diferente de la aquí examinada. En cualquier caso, EDP Energía sitúa su comparación en dos casos de empresas pequeñas, que además estaban haciendo frente al coste de los desvíos que ocasionaban. Hay, sin embargo, en esta materia de falta de adquisición de energía, sanciones de cuantía muy diferente (mucho mayor que las de 50.000 y 80.000 euros a que se refiere EDP Energía) impuestas también por esta CNMC ante casos más graves: 1.300.000 euros (caso del expediente SNC/DE/125/14) ó 680.000 euros (caso del expediente SNC/DE/126/14).

- La sanción recaída en el expediente SNC/DE/1/14 sí se refiere a una empresa con una cuota de mercado relevante, pero se trata de un caso diferente, que no afecta a las garantías de la libertad de cambio de suministrador, sino que, por el contrario, se trataba de rescisiones de contratos por parte del propio comercializador por motivo del impago del cliente, supuestos en los que la infracción se producía por el hecho de haberse omitido la comunicación previa al consumidor.

- Finalmente, la última de las sanciones aludida por EDP Energía (la sanción recaída en el SNC/DE/50/15) tiene que ver con la captación de clientes utilizando métodos fraudulentos y la falta de correcta atención a sus reclamaciones así como la falta de puesta a disposición de un teléfono gratuito. Se trata de una multa por importe de 400.000 euros, pero recae en una empresa que –a diferencia del imputado en el presente procedimiento- no es uno de los cinco *operadores principales* del sector eléctrico. Esta circunstancia justifica, a juicio de esta Sala, que la multa, en el presente caso, haya de ser mayor.

Justificadas –en el presente fundamento de derecho- las diferencias que se han expuesto respecto de los procedimientos sancionadores mencionados, procede remitirse al fundamento siguiente a los efectos de valorar de forma concreta el importe de la multa a imponer.

VI. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, prevé, para las infracciones graves, una multa por importe no inferior a 600.001 euros, ni superior a 6.000.000 euros. La sanción no podrá superar, no obstante, el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (art. 67.2). A este respecto, conforme a la información obrante en el expediente (ver folio 79 del expediente administrativo) el importe neto de la cifra de negocios de EDP Energía en 2014 fue de 1.690.151 miles de euros.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, el interesado considera que, de no acordarse el archivo, se debe aplicar la sanción correspondiente a las infracciones leves. Sin embargo, la previsión de aplicar la sanción prevista para la escala de gravedad inferior se encuentra contemplada en el apartado 3 del artículo 67 de la Ley 24/2013, y obedece a la concurrencia de unas circunstancias que no se observan en el presente caso: *"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."*

No procede aplicar este precepto, dada, por una parte, la situación económica del sujeto infractor, y, por otra, la culpabilidad concurrente y la ausencia de medidas correctoras aplicadas de parte del imputado.

Hechas estas consideraciones, debe procederse a concretar el importe de la multa. El artículo 67.4 de la citada Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

> *«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 cometida (que trata sobre el establecimiento de condiciones contractuales en el suministro contrarias a las previstas en la normativa aplicable), y en atención a lo dispuesto en el precepto expuesto, esta Sala valora las siguientes circunstancias:

- **Pluralidad de cláusulas restrictivas de la libertad de cambio de suministrador:** EDP Energía articula en sus condiciones de contratación una pluralidad de cláusulas que tienen por objeto condicionar el libre cambio de suministrador del consumidor, disuadiéndolo de cambiarse de compañía o limitando su posibilidad de hacerlo. A este respecto, la condición más relevante es la previsión de unas penalizaciones –no permitidas por la normativa- en los casos de rescisión de las prórrogas de los contratos, pero, adicionalmente, se establecen otras condiciones: la exigencia de unos plazos de preaviso superiores a los establecidos normativamente, y, además, el establecimiento, con respecto al primer año de duración del contrato (en que la normativa sí permite la aplicación de penalizaciones), de una penalización aplicable en todo caso, al margen de los criterios establecidos en la normativa (que la circunscriben al caso de concurrencia de daños en el comercializador, y que limitan su importe conforme a un método diferente del aplicado por EDP Energía).

- **Carácter disuasorio de las penalizaciones aplicadas:** El importe medio de las penalizaciones aplicadas por EDP Energía a un consumidor en 2014 se sitúa en los 3.500 euros (hay un global de 66.724,64 euros facturados por penalizaciones aplicadas a 19 consumidores), un importe cuya cuantía tiene un notable efecto disuasorio de la voluntad de cambiar de suministrador, y que ayuda a la retención, por parte de EDP Energía, de los clientes cuyos contratos incorporan estas cláusulas.

- **Tipología de los clientes afectados:** Las cláusulas objeto del procedimiento han estado incorporadas a los contratos de 2.946 clientes de tipo B2B; este tipo de clientes tiene un consumo anual superior a los 200 MWh/año.

Valorando estas circunstancias, y considerando, adicionalmente, la disposición a colaborar que EDP Energía mostró durante la tramitación del procedimiento,

esta Sala considera proporcionado imponer la multa que fue propuesta por el órgano instructor: multa de novecientos mil (900.000) euros.

VII. MEDIDAS ADICIONALES

El artículo 69.1 de la Ley 24/2013 establece que, además de imponer las sanciones que en cada caso correspondan, la resolución del procedimiento sancionador declarará la obligación de *"Restituir las cosas o reponerlas a su estado natural anterior al inicio de la actuación infractora en el plazo que se fije".*

Al amparo del mencionado precepto, y al objeto de restituir la situación de legalidad de los contratos de los consumidores en baja tensión afectados por las cláusulas que en esta Resolución se consideran no ajustadas a derecho, procede imponer a EDP Energía la obligación de que proceda a aplicar dichas cláusulas en las condiciones mínimas establecidas en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre.

Sin perjuicio de la aplicación inmediata del artículo 4.5 del citado Real Decreto a los contratos de baja tensión suscritos con anterioridad a la presente resolución, tanto los contratos nuevos como los suscritos con anterioridad a la presente Resolución habrán de reflejar de forma expresa las siguientes condiciones:

1. El límite máximo del 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro, en concepto de penalización, para el supuesto de rescisión del contrato por el consumidor durante el primer año de vigencia de dicho contrato.

2. La indicación expresa de que tal penalización únicamente será procedente cuando la rescisión cause daños al suministrador.

3. La indicación expresa de que las prórrogas de los contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de 15 días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización o indemnización por rescisión de contrato.

A los efectos del cumplimiento de esta obligación se considera apropiado el plazo de 6 meses que contempla la Propuesta de Resolución para la adaptación de los contratos suscritos con anterioridad.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa EDP Energía, S.A.U. es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en el incumplimiento de medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la citada Ley y su normativa de desarrollo.

SEGUNDO. Imponer a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de novecientos mil (900.000) euros.

TERCERO. Imponer a la citada empresa la obligación de proceder a la modificación de las cláusulas primera y decimosexta de los contratos de suministro en baja tensión para la inclusión en las mismas de las condiciones siguientes:

1. El límite máximo del 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro, en concepto de penalización, para el supuesto de rescisión del contrato por el consumidor durante el primer año de vigencia de dicho contrato.

2. La indicación expresa de que tal penalización únicamente será procedente cuando la rescisión cause daños al suministrador.

3. La indicación expresa de que las prórrogas de los contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de 15 días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización o indemnización por rescisión de contrato.

En el caso de los contratos de suministro en baja tensión suscritos con anterioridad a la presente resolución y sin perjuicio de la aplicación inmediata a los mismos de las condiciones establecidas en el en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, la modificación de las cláusulas primera y decimosexta deberán plasmarse documentalmente mediante la modificación expresa de los contratos en el plazo máximo de seis meses desde la notificación de la presente Resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

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.