

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A., POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

SNC/DE/024/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 12 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.- *Información remitida por la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Madrid y práctica de diligencias previas*

El 17 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Madrid, al que se acompañaba denuncia del consumidor afectado, en la que se ponía de manifiesto que dicho consumidor había tenido conocimiento de haber sido cambiados sus suministros de electricidad y gas en favor de la sociedad Gas Natural Servicios SDG, S.A., indicando dicho consumidor no haber dado su consentimiento ni suscrito contrato alguno con la mencionada sociedad.

A la vista de la información recibida, desde la Dirección de Energía de la CNMC se solicitó a Gas Natural Servicios SDG información sobre la reclamación

indicada, la cual afectaba al CUPS de gas [---], y al CUPS de electricidad [---], correspondientes ambos a un mismo domicilio en la localidad de Madrid, recibándose, tras varias gestiones informales, comunicación de fecha 14 de julio de 2015 de la Oficina de Garantía de Servicio al Cliente de Gas Natural Servicios SDG, mediante la que se indicaba lo siguiente:

“Los días 1 y 17 de octubre de 2014 quedaron activos, respectivamente, los contratos de suministro de gas y electricidad de la calle..., así como los servicios de mantenimiento "ServiGas" y "ServiElectricic."

En fecha 21 de octubre de 2014 cliente se pone en contacto con el servicio de atención al cliente, y ...reclama sobre la contratación. En esta reclamación gestionan la vuelta de los contratos a su anterior comercializadora.

En fecha 13 de enero de 2015 quedó finalmente inactivo el contrato de electricidad.

En fecha 3 de diciembre de 2014 se recibe expediente de la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Madrid... en la cual se bloquea la facturación del suministro de gas a fin de que no se le facture.

Actualmente, el contrato de suministro de gas sigue activo pero se está gestionando la inactivación del mismo y la vuelta a su anterior comercializadora.”

Asimismo, mediante comunicación informal posterior, tras solicitarse por la CNMC información acerca de si, respecto al contrato de electricidad, se ha facturado al consumidor por el período entre el 17 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015, Gas Natural Servicios SDG indica que, en cuanto a electricidad, no se le ha generado ninguna factura, y que está todo anulado.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 6 de mayo de 2016 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de 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 Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra Gas Natural Servicios SDG S.A., por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, referido en concreto a la actuación desarrollada con respecto al consumidor denunciante en cuanto al suministro de electricidad: *“...la presunta activación, sin consentimiento del consumidor, de contrato de suministro eléctrico relativo al CUPS [---], situación que, indiciariamente, se habría mantenido, al menos, entre el 17 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015.”*

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se calificaban como infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (*"incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes"*).

El acuerdo de incoación fue notificado el 17 de mayo de 2016 a la Gas Natural Servicios SDG, la cual, mediante escrito presentado por correo certificado el 3 de junio de 2016, solicitó la ampliación del plazo de alegaciones, ampliación que le fue concedida, en los términos del artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por un plazo de siete días hábiles adicionales.

TERCERO.- Alegaciones de Gas Natural Servicios SDG

Con fecha 8 de junio de 2016 tuvo entrada el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Gas Natural Servicios SDG, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- En primer lugar, y a los efectos de contextualizar los hechos, Gas Natural Servicios SDG explica la forma en que comercializa sus nuevos productos.

Indica, al respecto, que las tareas de comercialización y captación de nuevos clientes en mercado liberalizado las realiza a través de empresas especializadas en *marketing*, prospección de mercados y captación de clientes, las cuales tienen sus propios recursos y empleados, exigiéndose por parte de Gas Natural Servicios SDG a tales empresas unos parámetros de calidad, e impartiendo a las mismas formación sobre los productos y servicios a comercializar. Indica que tales empresas tienen instrucción de dirigirse presencialmente al cliente, informarle adecuadamente del producto, y, si el cliente consiente, recabar del mismo la firma en contrato y fotocopia del DNI. Añade que se exige a los empleados de estas empresas la firma de un código de buenas prácticas, y que otra de las medidas adoptadas es una llamada de confirmación de la contratación. Alega que, no exigiendo la normativa vigente para la validez de un nuevo contrato de suministro que éste vaya acompañado de copia del DNI, Gas Natural Servicios SDG ha establecido este requisito adicional en sus procedimientos de contratación, y que, sin este requisito, no se da por válido ni se activa el contrato. Concluye este apartado indicando que la contrata ([CONTRATA]) remitió a Gas Natural Servicios SDG el contrato de suministro firmado, fotocopia del DNI y copia de las últimas facturas, por lo que Gas Natural Servicios SDG entendió como válida y correcta la documentación remitida para la contratación del suministro eléctrico objeto del presente procedimiento.

- En segundo lugar, describe los hechos acaecidos posteriormente en los siguientes términos:

En fecha 25 de septiembre de 2014 [CONTRATA] formaliza con el consumidor un contrato de suministro de energía eléctrica, un contrato de suministro de gas natural, y un contrato de mantenimiento de instalaciones de gas y electricidad. Tal documentación, junto con la copia del DNI del firmante, tiene, a juicio de Gas Natural Servicios SDG, apariencia de

veracidad, sin indicios para esta empresa de que pudiera tratarse de una contratación sin consentimiento del titular.

En fecha 21 de octubre de 2014 se recibe la reclamación del cliente, informando que había recibido carta de bienvenida del Grupo Gas Natural y no tenía constancia de la contratación. En fecha 24 de octubre de 2014 se remite al cliente, por correo electrónico, copia de la documentación contractual que obra en los archivos de Gas Natural Servicios SDG. El consumidor contesta el 25 de octubre de 2014 al correo electrónico, indicando que no son firmas suyas, y que la documentación de la contratación no ha sido firmada por él; adicionalmente, agradece la atención prestada a su reclamación.

En fecha 29 de octubre de 2014 se anulan los servicios de mantenimiento contratado (*Servigas* y *Servielectric*) y no se cobra nada por estos conceptos. A este respecto, Gas Natural Servicios SDG compañía duplicado de dos facturas, ambas con fecha de emisión 29 de octubre de 2014, y ambas por importes negativos, que son de 133,26 y 54,87 euros, respectivamente.

A los efectos de poder conseguir la restitución del cliente al momento inicial, sin que éste sufriera perjuicios, Gas Natural Servicios SDG realizó las tareas oportunas de modo que en fecha 13 de enero de 2015 se consigue retrotraer el contrato de suministro eléctrico a su anterior comercializadora, y no se factura ningún importe al cliente por el suministro desde octubre hasta enero, por lo que, afirma Gas Natural Servicios SDG, no puede considerarse activado el contrato ni haber causado daños y perjuicios al usuario final.

- En tercer lugar, Gas Natural Servicios SDG hace referencia a las medidas adicionales que afirma haber adoptado para garantizar las buenas prácticas comerciales.

Hace referencia al contrato suscrito con la empresa colaboradora [CONTRATA], cuya copia adjunta a sus alegaciones, del que destaca su cláusula novena, en la que se detallan las obligaciones del colaborador y se describe el procedimiento de captación de contratos. Añade que en los anexos de dicho contrato se hace referencia al control de calidad de las contrataciones realizadas, así como a las penalizaciones establecidas en los supuestos de incumplimiento de los estándares de calidad.

Gas Natural Servicios SDG reitera que, como control de calidad adicional, se exige que el colaborador realice una llamada telefónica sobre el 100% de los contratos de suministro realizados, grabando la misma, y archivándola.

Añade, finalmente, que Gas Natural Servicios SDG solicita a las colaboradoras que cada uno de sus agentes suscriba la aceptación del

código de buenas prácticas en la venta presencial, y acompaña, como documento adjunto, copia del documento suscrito por el comercial que realizó la contratación de este cliente.

- En cuarto lugar, Gas Natural Servicios SDG afirma que no han tenido lugar los hechos imputados en el acuerdo de incoación, porque el contrato de suministro eléctrico no fue activado, porque en ningún momento se facturan importes derivados del suministro de energía y porque se retrotrae al cliente a la situación inicial.

En concreto, Gas Natural Servicios SDG afirma que el contrato no tuvo efectos jurídicos, y que fue considerado nulo a todos los efectos, por lo que en ningún caso pudo considerarse activado. Por ello, considera que la conducta de Gas Natural Servicios SDG no puede subsumirse en el tipo descrito en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, atendiendo a dos circunstancias: Por una parte, que la documentación aportada por la empresa contratada tenía apariencia de legalidad y se habían cumplido los controles de calidad, por otra parte, que el contrato no puede considerarse activado por no haber desplegado consecuencias jurídicas para el cliente y haberse restituido al mismo a la situación inicial.

- En quinto lugar, Gas Natural Servicios SDG alega la inexistencia de dolo o culpa en su comportamiento, y cita varias Sentencias del Tribunal Supremo que afirman la exigencia de culpabilidad para que pueda concurrir sanción en el ámbito del derecho administrativo sancionador, transcribiendo parcialmente alguna de ellas.

Gas Natural Servicios SDG señala, en particular, que la asimilación de la "*mera inobservancia*" al dolo y la culpa responde a una interpretación que ya forma parte del pasado, y ha quedado superada por la Ley 40/2015, cuyo artículo 28.1 transcribe parcialmente.

Gas Natural Servicios SDG finaliza su escrito de alegaciones solicitando el archivo del expediente dada la inexistencia de conducta infractora que pueda ser atribuida a dicha sociedad.

CUARTO.- Propuesta de Resolución

El 18 de octubre 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 GAS NATURAL SERVICIOS SDG S.L. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 23/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de DIEZ MIL (10.000) EUROS.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Gas Natural Servicios SDG el 2 de noviembre de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles para efectuar alegaciones.

QUINTO.- Alegaciones de Gas Natural Servicios SDG a la Propuesta de Resolución

El 23 de noviembre de 2016 se ha recibido en el Registro de la CNMC escrito de Gas Natural Servicios SDG por el que se efectúan alegaciones en relación con la Propuesta de Resolución remitida, y se solicita el archivo del procedimiento sancionador.

SEXTO.- 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 23 de noviembre 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).

SÉPTIMO.- 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 siguientes:

PRIMERO. Gas Natural Servicios SDG procedió a activar el contrato de suministro de electricidad del CUPS [---] el 17 de octubre de 2014, sin que previamente concurriera el otorgamiento del consentimiento para la contratación de parte del titular del punto de suministro.

SEGUNDO.- Gas Natural Servicios SDG, tras la reclamación recibida del consumidor de fecha 21 de octubre de 2014 relativa a su no prestación de consentimiento a tal contratación, procedió a iniciar los trámites para rectificar la activación del contrato, emitiendo facturas de anulación de las inicialmente emitidas, y restituyendo finalmente al consumidor a su anterior comercializadora, efecto este último que se produjo en fecha 13 de enero de 2015.

Los dos hechos anteriores han sido reconocidos por Gas Natural Servicios SDG, tanto a través del escrito remitido por su Oficina de Garantía de Servicio al Cliente (ver folio 8 del expediente administrativo), como a través del escrito de alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento (ver, en particular, folios 19 a 21 del expediente administrativo). Asimismo, estos hechos resultan de la factura negativa expedida por Gas Natural Servicios SDG al consumidor (ver folio 52 del expediente), a los efectos de proceder a la devolución de las cantidades inicialmente facturadas como consecuencia de la activación del contrato.

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.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones leves consistentes en el incumplimiento por parte de empresas comercializadoras de los requisitos de contratación y apoderamiento de los clientes (incumplimiento tipificado en el artículo 66.4 de dicha Ley 24/2013). En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC,

corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

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 nueve 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 por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), normativa vigente en el momento de iniciación del procedimiento.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 66 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones leves, en su apartado 4, la siguiente: *“El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.”*

A este respecto, es indudable que la primera y principal exigencia en un procedimiento de contratación es la verificación de que se ha otorgado el consentimiento por parte del consumidor, exigencia que la Ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente, y que no desaparece ni se atenúa por la circunstancia de que, como sucede en este caso, haya mediado la intervención de un tercer sujeto que realiza para la empresa comercializadora la tarea de captación de clientes y promoción de productos.

En este sentido, el artículo 46 de la Ley 24/2013 establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado 1.g), la de *“Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación”*. De forma correlativa, el artículo 44.1, letras c) y d), de esta Ley 24/2013 reconocen el derecho del consumidor a *“Elegir suministrador”* y a *“formalizar... un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad”*.

Corresponde, así, al comercializador comprobar la identidad y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro, tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado la captación de clientes.

Gas Natural Servicios SDG procedió a la activación del contrato de suministro correspondiente al CUPS [---] sin que mediara el consentimiento del consumidor, sin perjuicio de que, posteriormente, y ante la queja del mismo, procediera a corregir su actuación.

De este modo, no pueden admitirse los argumentos expuestos por Gas Natural Servicios SDG en su escrito de alegaciones al Acuerdo de incoación en el sentido de que su conducta no puede subsumirse en el tipo infractor indicado por dos motivos: *i)* que la documentación aportada por la empresa contratada tenía apariencia de validez, y se habían cumplido los controles de calidad de contratación establecidos por Gas Natural Servicios SDG; *ii)* que el contrato no puede considerarse activado, por no haber desplegado consecuencias jurídicas para el cliente (no se factura y no se cobran importes), y por haberse restituido al cliente a la situación inicial.

En cuanto al *primero de estos motivos*, ha de señalarse que, tras la reclamación del cliente de 21 de octubre de 2014, Gas Natural Servicios SDG contacta el 24 de octubre de 2014 con él, y éste responde el 25 de octubre de 2014 manifestando no haber otorgado consentimiento ni firmado contrato, y con fecha 29 de octubre se procede por GNS a anular las facturaciones. Resulta evidente que en tan breve plazo de tiempo Gas Natural Servicios SDG pudo practicar las comprobaciones que le llevaron a la decisión casi inmediata de dar por no válida la supuesta contratación; obviamente, si hubiera practicado las mismas comprobaciones tras recibir la documentación inicial de la contrata [CONTRATA], hubiera podido (en el breve plazo de nueve días que consumió en tales comprobaciones) llegar a la misma conclusión de que el consentimiento no había sido otorgado, y consecuentemente no habría llegado a producirse la activación del contrato firmado el 25 de septiembre de 2014, activación que se produjo el 17 de octubre de 2014.

Cualquiera que haya sido el elemento de convicción que llevó a Gas Natural Servicios SDG a considerar inválida la contratación tras recibirse la queja del consumidor, es evidente que tal elemento de convicción podría haber sido alcanzado igualmente antes de proceder a la activación, si se hubiera procedido anteriormente a la misma comprobación que luego se hizo.

En cuanto al *segundo de los motivos*, ha de indicarse que el contrato de suministro con Gas Natural Servicios SDG se activó, y dio lugar a facturaciones, posteriormente anuladas. La rectificación de Gas Natural Servicios SDG, y posterior restitución del cliente a su comercializadora de origen, se produjeron *a posteriori*, y previa reclamación directa del cliente de fecha 21 de octubre de 2014, cursada por éste cuando tuvo conocimiento, a través de la carta de bienvenida de Gas Natural Servicios SDG, del cambio de suministrador, ya operado. Es obvio, pues, que el comportamiento de Gas Natural Servicios SDG

sí tuvo efectos jurídicos aunque dicha sociedad procediera después a corregir dichos efectos, y a restituir al consumidor a su situación inicial, sin coste para éste.

En definitiva, de acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, Gas Natural Servicios SDG ha incumplido, con respecto al CUPS [---], los requisitos de contratación del suministro con los clientes, a los efectos del contrato activado el 17 de octubre de 2014 y desactivado el 13 de enero de 2015.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

El ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute la comisión de la infracción. 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, de tal modo que *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»*¹.

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 caso de la infracción cometida por Gas Natural Servicios SDG.

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos.

Entre éstas se encuentra en primer plano la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador (artículo 44.1.c) de la Ley 24/2103). La obligación del comercializador que es correlativa a tal derecho del consumidor es la de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada.

Gas Natural Servicios SDG ha optado por externalizar la captación de clientes. Expone que ha implementado en su contrato con la sociedad intermediaria (en este caso, [CONTRATA]) una serie de medidas para asegurar el control de calidad en la captación de clientes, y afirma que, respecto del CUPS [---], *"La documentación aportada tiene apariencia de veracidad y no hay indicios que puedan hacer suponer a esta parte que se trata de una contratación sin consentimiento del titular"* (folio 20 del expediente administrativo)

Sin embargo, los hechos probados evidencian el comportamiento negligente: Gas Natural Servicios SDG dio por buena una información con *"apariencia de veracidad"*, y dio por supuesto el otorgamiento del consentimiento hasta la recepción de la queja del consumidor, cuando el contrato ya estaba activado.

Concurre, por tanto, culpabilidad en la actuación seguida por Gas Natural Servicios SDG.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES DE GAS NATURAL SERVICIOS SDG RELATIVAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

V.1. Alegaciones efectuadas por Gas Natural Servicios SDG con respecto a la Propuesta de Resolución.

En el escrito presentado en relación con la Propuesta de Resolución, Gas Natural Servicios SDG efectúa las siguientes alegaciones:

- Rechaza la enunciación de los Hechos Probados recogidos en la Propuesta de Resolución: A este respecto, Gas Natural Servicios SDG destaca que realizó actuaciones de comprobación respecto a la procedencia de activar el contrato de suministro que su empresa colaboradora le había remitido, y que el contrato de suministro con Gas Natural Servicios SDG no ha desplegado efectos jurídicos (en la medida en que se ha anulado la facturación y se ha repuesto al consumidor a su comercializador previo).
- Considera que no concurre tipicidad en su actuación: En este sentido, afirma que la conducta infractora no es imputable a Gas Natural Servicios SDG,

quien sólo actuó (activando el contrato) a la vista de documentos remitidos por la contrata con apariencia de veracidad, y quien, en cuanto recibió una reclamación del consumidor, desactivó el contrato.

- Considera que no concurre culpabilidad en su conducta: Gas Natural Servicios SDG afirma que, para que pueda haber sanción, debe concurrir dolo o culpa, que, a su juicio, implican consciencia y voluntariedad, lo que no concurre en su caso. Destaca, además, la labor de comprobación que realizó en el caso del suministro de que se trata a los efectos de examinar la concurrencia de un contrato firmado y la copia de un DNI, así como la existencia de una grabación del consentimiento de parte del consumidor (que adjunta a este escrito de alegaciones presentado con respecto a la Propuesta de Resolución). También resalta que en el contrato suscrito con [CONTRATA] se prevé un sistema de control de calidad de la labor realizada por esta empresa y la aplicación de penalizaciones a la misma por incumplimientos de esos requisitos de calidad.

Se examinan seguidamente las alegaciones presentadas por Gas Natural Servicios SDG, sin perjuicio de las consideraciones ya recogidas previamente en esta Resolución con respecto a varias de las mismas.

V.2. Valoración de las alegaciones presentadas.

V.2.1. Respecto a los Hechos Probados:

En el escrito presentado en relación con la Propuesta de Resolución, Gas Natural Servicios SDG realiza alegaciones relativas a los dos Hechos Probados:

➤ *Hecho Probado primero:*

En la Propuesta de Resolución, el Hecho Probado primero indicaba que se había procedido a realizar la activación de un contrato de suministro sin que Gas Natural Servicios SDG hubiera realizado una comprobación previa del otorgamiento del consentimiento.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, Gas Natural Servicios SDG afirma, sin embargo, que sí realizó una labor de comprobación previa del consentimiento, al verificar que el contrato de suministro remitido por la contrata estuviera firmado, que hubiera copia del DNI y que hubiera una grabación de conformidad de parte del consumidor.

Considera, no obstante, esta Sala que lo definitivo es que el contrato de suministro se activó sin que mediara el consentimiento previo del consumidor, y eso, indudablemente, supone un incumplimiento de los requisitos de contratación. El hecho de que hubiera ciertas labores de comprobación por parte

de Gas Natural Servicios SDG no satisface el cumplimiento de los requisitos de contratación, como prueba el hecho -no discutido- de que el consumidor en cuestión fuera activado con Gas Natural Servicios SDG sin que mediara un consentimiento de su parte. En este contexto, las labores de comprobación de Gas Natural Servicios SDG son, en realidad, labores de comprobación de lo que la propia empresa comercializadora califica de comprobación de una “apariencia” de consentimiento (“*La documentación aportada tiene apariencia de veracidad*”, folio 20 y, en el mismo sentido, folio 111 del expediente administrativo), pero Gas Natural Servicios SDG no comprueba que haya un consentimiento efectivo o real antes de la activación del contrato, pues, si no, hubiera descubierto a tiempo la inexistencia del mismo. De hecho, en lugar de realizar, de forma previa, esa labor de comprobación efectiva con el consumidor, resulta que Gas Natural Servicios SDG se dirigió al consumidor –dándole la bienvenida- sólo después de que el contrato estuviera ya activado (y no de forma previa a su activación).

Gas Natural Servicios SDG aporta con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución una grabación sonora de comprobación del consentimiento. Aquí, de nuevo, se observa que las labores de comprobación de Gas Natural Servicios SDG hizo con carácter previo a la activación se limitaron a cuestiones de “apariencia”, pues si bien hay una grabación sonora, al escucharse la misma se comprueba que sólo resultan inteligibles las preguntas hechas al consumidor por parte de [CONTRATA], pero no las respuestas dadas por el consumidor a dicha empresa. No puede dejar de llamarse la atención, además, sobre el hecho de que Gas Natural Servicios SDG encargue la realización de esa labor de confirmación -que supone la realización de una grabación sonora- a la propia contrata que ha gestionado la captación del cliente. Si Gas Natural Servicios SDG observa la necesidad de asegurar la certeza de la captación del consentimiento que lleva a cabo [CONTRATA], es evidente que encargar –de acuerdo con lo previsto por Gas Natural Servicios SDG- a dicha contrata la revisión de esa labor de captación que ella misma ha llevado a cabo ofrecerá siempre una solución limitada al problema que se trata de corregir.

En conclusión, lo relevante es que el contrato de suministro con CUPS [---] fue activado por Gas Natural Servicios SDG sin consentimiento del titular, y eso es algo que el propio imputado ha reconocido expresamente en los documentos que ha presentado, y respecto de lo que, además, ha actuado en consecuencia (anulando la facturación emitida y desactivando el cambio de suministrador). Es evidente que si eso sucedió así (y el CUPS [---] fue activado por Gas Natural Servicios SDG sin consentimiento del titular) es porque Gas Natural Servicios SDG no realizó las actuaciones que son precisas para asegurar que los contratos no se activan sin consentimiento del cliente. Más aún, en el presente caso, se puede afirmar que Gas Natural Servicios SDG no realizó una labor propia (o autónoma respecto de la actuación seguida por la contrata [CONTRATA]) de comprobación del requisito del consentimiento sino hasta después de la activación del contrato, pues las labores que llevó a cabo con carácter previo a

la activación se limitaron al examen de la documentación que le había sido remitida por la propia empresa encargada de la captación del cliente, y a la comprobación de la existencia de una grabación sonora, al margen de su contenido, remitida asimismo por esa misma empresa encargada de la captación del cliente.

➤ *Hecho Probado segundo:*

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, Gas Natural Servicios SDG insiste en considerar que no ha tenido lugar una activación del suministro con Gas Natural Servicios SDG porque esa activación no ha tenido efectos: la facturación generada fue anulada, y el cliente volvió con su anterior comercializador.

Esta Sala considera que, a los efectos que interesan de la determinación de los Hechos Probados, es innegable que, para el punto de suministro de que se trata, se activó un contrato de suministro con Gas Natural Servicios SDG, y que el mismo se mantuvo activado entre el 17 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015 (casi tres meses). Nadie discute que las facturas fueran anuladas y que el consumidor haya vuelto, desde el 13 de enero de 2015, con su antiguo comercializador. Ahora bien, las actuaciones de reparación del daño derivado de la conducta infractora, que no se discuten, no eliminan la existencia de la infracción; el hecho de la activación sin consentimiento (y las gestiones que el consumidor tuvo que hacer; en particular, las reclamaciones que tuvo que presentar) no desaparece por el hecho de que se subsane el incumplimiento; los hechos sucedieron (aunque Gas Natural Servicios SDG haya corregido sus efectos en materia de facturación y de libre elección de suministrador).

Pues bien, sin perjuicio de valorar esa labor de reparación realizada por Gas Natural Servicios SDG, lo que interesa destacar es que existió una práctica de captar un consumidor sin su consentimiento, y que la misma constituye una infracción específica contemplada en la Ley 24/2013. Las labores de reparación del daño realizadas por Gas natural Servicios SDG habrán de valorarse en la graduación de la multa.

V.2.2. Respetto a la tipicidad de la conducta:

Gas Natural Servicios SDG considera que su conducta no es subsumible en la infracción prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, en la medida en que el sujeto Gas Natural Servicios SDG no incumplió los requisitos de contratación con los clientes.

Esta alegación de Gas Natural Servicios SDG contiene la reiteración de consideraciones ya analizadas con respecto a los Hechos Probados (la cuestión de las labores de comprobación que realizó Gas Natural Servicios SDG con

respecto a la información remitida por [CONTRATA] y la cuestión de la subsanación de la situación producida). Ahora bien, con su planteamiento respecto de la tipicidad, Gas Natural Servicios SDG viene a sostener que no es esta empresa (sino que, en su lugar, parece que sería [CONTRATA]) quien habría vulnerado los requisitos de contratación, pues en cada actuación que lleva a cabo Gas Natural Servicios SDG (esto es, las labores de comprobación y las labores de subsanación) hay, a su juicio, un actuar diligente.

Esta alegación debe rechazarse de plano. El contrato de suministro que [CONTRATA] gestiona no es un contrato de suministro del consumidor con esa empresa (que no es quien va comercializar la energía eléctrica), sino con Gas Natural Servicios SDG, tal y como esta empresa ha encargado a la otra hacer en virtud del contrato que han firmado y que figura recogido en los folios 53 a 68 del expediente administrativo.

El tipo infractor imputado no consiste en la falta de realización por parte de un comercializador de una labor de adecuada comprobación del consentimiento de los consumidores captado por sus contratas, sino que el tipo infractor consiste en el incumplimiento del requisito de prestación del consentimiento por parte del consumidor, como requisito principal para su contratación. Pues bien, es Gas Natural Servicios SDG el que contrata el suministro del consumidor; la normativa no le impone gestionar la captación de clientes a través de contratas; la contratación con [CONTRATA] responde a un modelo de organización de la propia actividad de Gas Natural Servicios SDG (la contratación del suministro es actividad que sólo puede realizar un comercializador), y, lógicamente, lo hecho a través de este modelo de organización (por el que Gas Natural Servicios SDG opta libremente) le es imputable a Gas Natural Servicios SDG.

Es más, el contrato que Gas Natural Servicios SDG tiene suscrito con [CONTRATA] permite apreciar claramente que Gas Natural Servicios SDG es consciente de que será siempre ella misma la responsable ante la Administración de las infracciones administrativas cometidas por motivo de las prácticas de captación de clientes realizadas por [CONTRATA]; por eso prevé la repercusión a [CONTRATA] del importe de la sanción que en su caso se imponga a Gas Natural Servicios SDG:

“En caso de que GNS o cualquier compañía del Grupo Gas Natural Fenosa fuera sancionada en procedimiento administrativo, o fuera condenada en juicio al pago de una cantidad en metálico, como consecuencia del incumplimiento por parte del COLABORADOR [[CONTRATA]] de las prescripciones legales a las que está sujeta su actividad, entre otras, sobre seguridad e higiene en el trabajo, regulación de comercio minorista, por contratación indebida, defensa de consumidores o protección de datos de carácter personal, el COLABORADOR se compromete a hacerse cargo del total del importe de la sanción o condena y de los gastos en que se haya incurrido por ese motivo, aún en caso de responsabilidad solidaria.”

(Cláusula novena del contrato entre [CONTRATA] Gas y Gas Natural Servicios SDG; folio 56 del expediente administrativo.)

V.2.3. Respecto a la concurrencia de culpabilidad:

Tal y como se ha reflejado en el fundamento sobre culpabilidad, la conducta infractora es imputable a Gas Natural Servicios SDG a título de culpa o negligencia. No se le imputa una conducta dolosa. Ahora bien, la negligencia no implica voluntariedad ni consciencia en el sentido en que Gas Natural Servicios SDG afirma en sus alegaciones. La negligencia implica la existencia de un deber, y el incumplimiento del mismo en unas circunstancias que hagan a dicho incumplimiento reprochable (por falta de la debida cautela, atención o cuidado).

Así, pues, lo que toca en este punto es examinar la actuación seguida por Gas Natural Servicios SDG y confrontarla con la diligencia que habría de seguir un comercializador en la captación del consentimiento de sus clientes.

Pues bien, resulta que Gas Natural Servicios SDG toma la decisión de contratar con un tercero ([CONTRATA]) la captación de sus clientes, y establece con el mismo una campaña (ver folios 62 a 67 del expediente administrativo) que implica dirigirse al mercado de clientes residencial de una forma presencial, en su domicilio. En este contexto, Gas Natural Servicios SDG entrega a [CONTRATA] el plan comercial a ejecutar², y dispone el pago de un precio a esa empresa en función de la captación de clientes que aquélla realice³.

Gas Natural Servicios SDG es consciente de que, como consecuencia de la captación de clientes a través de [CONTRATA], podrán producirse casos de “Contratación Indevida”, de “Malas Prácticas Comerciales” o de “incumplimiento ... sobre... defensa de consumidores”, circunstancias que expresamente contempla en el contrato con [CONTRATA] (ver, específicamente, folios 56 y 64 del expediente administrativo). Se trata, por tanto, de supuestos que Gas Natural Servicios SDG asume que se producirán, y ante los que Gas Natural Servicios SDG opta por prever la imposición de unas penalizaciones a [CONTRATA] (penalizaciones consistentes, en realidad, en una reducción –que será del 5% ó del 10%, según el caso- del precio facturado por [CONTRATA] a Gas Natural Servicios SDG en el mes de que se trate; ver folio 64 del expediente administrativo), y opta por prever, caso de que hubiere sanción administrativa, la repercusión de la misma a [CONTRATA] (ver folio 56 del expediente administrativo).

² “El documento del PLAN COMERCIAL será facilitado al COLABORADOR [[CONTRATA]] por la Delegación de GNS correspondiente” (folio 63 del expediente administrativo).

³ El apartado 1.6 del anexo al contrato entre [CONTRATA] y Gas Natural Servicios SDG detalla los “precios a abonar en concepto de captación de nuevos contratos” (folio 63 del expediente administrativo).

Es evidente que Gas Natural Servicios SDG es consciente de que el sistema de captación del consentimiento que ha previsto (utilizando una contrata a la que retribuya un precio en función de suministro conseguido) puede implicar consecución de clientes sin su consentimiento, y, ante ello, lo que prevé Gas Natural Servicios SDG, básicamente, es cubrirse de las consecuencias que ello le ocasione, pero -más allá de realizar esa labor de control de la “apariencia” de consentimiento que antes se ha comentado (y que consiste en atenerse a la propia documentación aportada por la contrata, o las grabaciones de comprobación realizadas por la misma contrata)- Gas Natural Servicios SDG no realiza un control general de las contrataciones remitidas por la contrata (control que, de una forma efectiva, pueda evitar o impedir que se activen los contratos en los que se hayan producido esas prácticas que se prevé tendrán lugar).

La importancia que la Ley 24/2013, en coherencia con la Directiva 2009/72/CE, da a los denominados “derechos de los consumidores” implica extremar las cautelas a adoptar por parte de las empresas comercializadoras, en particular cuando se opta por involucrar prácticas de captación de clientes a través de terceros que cobran en función de resultados.

De acuerdo con ello, a juicio de esta Sala, la conducta de Gas Natural Servicios SDG es sancionable.

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

El artículo 67 de esta Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves, que, por otra parte, no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

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 incumplimiento del requisito del consentimiento del consumidor en la contratación del suministro), y considerando, por una parte, el nivel de diligencia exigible a Gas Natural Servicios SDG al respecto de la actuación de que se trata, y, por otra parte, las labores de reparación del daño llevadas a cabo por esta empresa tras la reclamación del consumidor, se considera procedente imponer la multa que ha sido propuesta por el Director de Energía, cuyo importe es de **diez mil (10.000) euros**.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento del requisito del consentimiento del consumidor en la contratación del suministro con CUPS [---].

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **diez mil (10.000) euros**.

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.