

---

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 6 DE JULIO DE 2016 A LA EMPRESA IBERDROLA CLIENTES S.A.U POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES.****SNC/DE/043/16****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****PRESIDENTA**D<sup>a</sup> María Fernández Pérez**CONSEJEROS**

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

**SECRETARIO DE LA SALA**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 2 de febrero de 2017.

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en los artículos 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO. *Escrito de denuncia***

El 21 de abril de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Servicio Municipal de Consumo del Ayuntamiento de Pallejá (Barcelona) al que se acompañaba denuncia de la consumidora afectada, en la que se ponía de manifiesto que para los suministros de electricidad y gas del domicilio de dicha consumidora, se habría producido un alta sin consentimiento a favor de la sociedad comercializadora IBERDROLA CLIENTES S.A.U.

---

**SEGUNDO. Información previa**

Desde la CNMC se solicitó a dicha sociedad comercializadora, mediante escrito de 6 de mayo de 2016, información sobre la reclamación indicada, la cual afecta al CUPS de gas [...], y al CUPS de electricidad [...], correspondientes ambos a un mismo domicilio en la localidad de Pallejá, recibándose comunicación de fecha 27 de mayo de 2016 del Director del Servicio al Cliente, con entrada en la CNMC el día 31 de mayo, mediante la que, en nombre de la sociedad IBERDROLA CLIENTES S.A.U. se indicaba lo siguiente:

Los días 25 de agosto de 2015 y 1 de octubre de 2015, se dieron de alta en IBERDROLA CLIENTES los contratos de suministro de electricidad y de gas natural indicados, así como los servicios de Protección Eléctrica Hogar, Protección de Pagos y Mantenimiento de Gas. Adjunta contratos y grabación.

Indicaba que, revisada de nuevo la documentación y la grabación, les ofrece dudas razonables en cuanto a su autenticidad, y que, ante la duda y como medida de garantía de los derechos del consumidor, se han anulado las facturas emitidas.

Proseguía señalando que los contratos están ya en situación de baja de suministro. El de gas desde el 20 de octubre de 2015 y el de electricidad desde el 4 de noviembre de 2015, en ambos casos por solicitudes recibidas de cambio de suministrador.

Por otra parte, informaba de que el 16 de octubre de 2015 la consumidora llamó al Servicio de Atención al Cliente indicando no haber firmado ningún contrato con IBERDROLA solicitando se le enviase una copia firmada de dichos contratos. El 22 de octubre se acusó recibo de la reclamación, y el 6 de noviembre de 2015, tras comprobar que ambos contratos estaban de baja, se remitió nueva comunicación a la interesada.

A continuación indicaba el detalle de las facturas inicialmente giradas para ambos contratos las cuales fueron gestionadas a través de una empresa de recobro y abonadas en fecha 13 de abril de 2016. Indica que tales facturas han sido anuladas y se han emitido nuevas facturas, con fecha 23 de mayo de 2016 por importe de 0 euros, estando a la espera de que la consumidora afectada indique una cuenta bancaria para proceder a la devolución de los importes inicialmente facturados.

Concluía afirmando que IBERDROLA CLIENTES activó los contratos en la creencia de contar con la firma y la autorización verbal del cliente, y solicita se trasladen disculpas a la consumidora afectada.

**TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador**

Con fecha 6 de julio 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («Ley 3/2013») 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra IBERDROLA CLIENTES S.A.U., por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes .

Según el **acuerdo de incoación**, los hechos concretos imputados son la presunta activación, sin consentimiento del consumidor, de los contratos de suministro de gas y electricidad para los CUPS [...] (gas), [...] (electricidad), así como de los servicios Protección Eléctrica Hogar, Protección de Pagos, y Mantenimiento de Gas, situación que se habría mantenido desde el 25 de agosto de 2015 hasta el 4 de noviembre de 2015 en el caso del suministro eléctrico, y desde el 1 de octubre de 2015 hasta el 20 de octubre de 2015, en el caso del suministro de gas

Tales presuntos hechos se precalificaban en el acuerdo de incoación en los siguientes términos:

1. Una infracción leve establecida en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, *“El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.”*
2. Una infracción leve establecida en el artículo 111 d) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, *“El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.”*

El acuerdo de incoación fue notificado el 21 de julio de 2016 a la mencionada sociedad.

#### **CUARTO. Alegaciones al acuerdo de incoación**

Con fecha 9 de agosto de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC **escrito de alegaciones** de la sociedad IBERDROLA CLIENTES («IBERCLI») de fecha 5 de agosto, en el que se manifiesta, en síntesis lo siguiente:

Como alegación **previa**, y bajo el epígrafe **“Antecedentes y Alcance de las Alegaciones”**, IBERCLI ofrece una cronología de los hechos en la que expone que el 21 de agosto de 2015 se realizó la contratación del suministro de electricidad y gas natural con la consumidora, mediante la modalidad de venta presencial a través de agente comercial externo, y adjunta como documento número 2 copia de la documentación contractual. Añade que la contratación fue realizada por agente comercial externo al que identifica, y tramitada en el sistema de gestión de clientes por agente comercial externo al que también identifica, ambos pertenecientes a la

---

entidad colaboradora [...] ([...]), con la que IBERCLI tenía suscrito, al tiempo de los hechos, acuerdo de colaboración cuyo texto adjunta como documento número 3.

Prosigue que, con posterioridad a la contratación presencial, se realizó una llamada de verificación por la empresa externa [...] para que el titular del contrato confirmase su aceptación y su aprobación a los productos y servicios contratados en la visita del agente comercial a su domicilio. Adjunta como documento número 4, copia de la grabación, de la que indica que en apariencia todo era correcto, y la verificación se dio como positiva.

Añade que el contrato de electricidad se activó el 25 de agosto de 2015, y el de gas el 1 de octubre de 2015 (debiéndose el retraso a una incoherencia del DNI con el CUPS).

El 16 de octubre, prosigue IBERCLI, se recibió en Teléfono de Atención al Cliente llamada de la hija de la consumidora quien preguntó si había penalización como consecuencia de dar de baja el contrato. Se le informó al respecto y se le indicó que había un contrato con la firma de su madre. Solicitó copias de dicho contrato y de la grabación de verificación y expresó su deseo de abrir una reclamación, indicando que, de momento no iban a dar de baja los suministros de gas ni de electricidad, aunque sí los productos y servicios contratados, que se dieron de baja en ese mismo instante.

El 6 de noviembre IBERCLI responde a la reclamación, mediante escrito cuya copia acompaña como Documento número 5, indicándole que, a esa fecha, el contrato de gas ya estaba de baja.

Posteriormente la consumidora presentó reclamación en la Oficina Municipal de Protección al Consumidor de Pallejá, de la que no se dio traslado a IBERCLI, la cual solo ha tenido conocimiento de la misma posteriormente a través del expediente informativo abierto por la CNMC, por lo que no ha tenido la oportunidad de atender la reclamación de forma inmediata.

El 17 de mayo de 2016 IBERCLI recibe comunicación de la CNMC, y como consecuencia de ello se verifica internamente si la documentación de la contratación es correcta, siendo en este momento cuando IBERCLI descubre que la llamada de verificación fue respondida por otra mujer que había suplantado la personalidad de la consumidora de manera fraudulenta.

En consecuencia, el 27 de mayo de 2016 se responde a la CNMC y se anulan todas las facturas que habían sido emitidas desde la contratación, como consecuencia de las sospechas fundadas respecto a la autenticidad de la documentación, así como de la llamada de verificación. IBERCLI adjunta como Documento número 6 copia del escrito y de las facturas anuladas.

El 21 de julio recibió IBERCLI notificación de la apertura de expediente sancionador.

Las conclusiones que extrae IBERCLI de dicho relato fáctico son las siguientes:

- Que los agentes comerciales presuntamente simularon la contratación de ambos suministros de manera fraudulenta, mediante presunta falsificación de firma y suplantación de la personalidad en la llamada de verificación.
- Que el alta de los suministros por IBERCLI se efectuó ante una contratación que parecía cumplir todos los requisitos para su validez (contrato firmado, copia de DNI, cuenta bancaria, facturas anteriores y llamada de verificación positiva).
- Que en cuanto IBERCLI tuvo noticia de la reclamación y pudo comprobar la actuación fraudulenta del agente, se anularon inmediatamente los productos y servicios asociados a los suministros, y posteriormente se anularon las facturas.
- Que la actuación fraudulenta de los agentes se produjo no solo en relación a la consumidora, sino también a IBERCLI, cuyos controles fueron saltados.

Por ello, considera IBERCLI que el Alcance de las Alegaciones que a continuación desarrolla viene a acreditar que existe una clara ausencia de responsabilidad por el ejercicio del debido control sobre la entidad colaboradora y sus empleados, y que no concurre el elemento subjetivo en las supuestas infracciones puesto que IBERCLI no es responsable de los hechos, ya que se ha dado cumplimiento a todos los requisitos de contratación y apoderamiento con la cliente. Para el caso de que finalmente se imponga la sanción, considera que debe apreciarse concurso ideal de las dos supuestas infracciones. Por último, que la graduación de la hipotética sanción será mínima, en tanto todas las circunstancias modificativas incluidas en la normativa sectorial aplicable actuarían como atenuantes.

Como Alegación **primera**, IBERCLI alega Ausencia de culpabilidad por el ejercicio del debido control sobre el colaborador que ha eludido fraudulentamente los modelos de organización y de prevención de la compañía.

En un primer apartado, IBERCLI hace referencia al principio de culpabilidad penal y su aplicación al ámbito del procedimiento administrativo sancionador, citando parcialmente Sentencias del TS en las que se afirma que la resolución sancionadora, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, requiere no solo certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, sino también certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos.

En un segundo apartado hace referencia al ejercicio del debido control sobre el colaborador que ha eludido fraudulentamente los controles de la compañía. Cita el artículo 31 bis, 2 del Código Penal, y expone que, según el mismo, la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito (en este caso

---

la infracción) ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir la infracción, o reducir significativamente el riesgo de su comisión. Afirma IBERCLI haber adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulta adecuado a aquellos efectos señalando la existencia de un doble control: El control previo recogido en las disposiciones contenidas en el Acuerdo suscrito con [...], así como en el establecimiento de un Código Ético de Conducta en la Venta y Manual de Criterios Operativos que forman parte de dicho acuerdo, y de otra parte, el control posterior a la formalización de la contratación en el domicilio del cliente mediante la llamada de verificación telefónica. Acompaña ambos como Documentos números 7 y 8, y la aceptación del código de conducta del agente individualmente implicado, como Documento número 9.

Del Acuerdo con [...], IBERCLI destaca su cláusula Décima relativa a las obligaciones impuestas al colaborador en materia de “control de calidad”, su cláusula décimo primera, que establece las obligaciones del socio colaborador, y la cláusula décimo cuarta que incluye entre las causas de resolución del Acuerdo el incumplimiento del Código Ético, y la tramitación de actuaciones de cualquier tipo sin el consentimiento del consumidor, sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa que corresponda al socio colaborador y sus colaboradores. Menciona además determinados extremos contenidos en el Código Ético de Ventas, en los que se califica de falta muy grave la simulación de firma y la suplantación del titular del contrato, con la advertencia de que IBERDROLA se verá obligada, en tal caso, a poner en conocimiento de la Administración de Justicia la identidad del personal responsable.

Concluye este apartado indicando que las personas empleadas de [...] han cometido las dos infracciones que se imputan a IBERCLI, eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención configurados por IBERCLI, por lo que concluye que no existe culpa “in vigilando” en la actuación de esta sociedad.

En un tercer apartado hace referencia al principio de responsabilidad en el marco de la Ley 30/1992, indicando que la referencia a la “simple inobservancia” contenida en su artículo 130, no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad.

Como Alegación **segunda** IBERCLI afirma haber cumplido los requisitos de contratación y apoderamiento con el cliente, en tanto que disponía de una documentación comprensiva de contrato supuestamente firmado por el cliente, copia del DNI de éste, Hoja de precios aplicables, carta a las empresas distribuidoras de electricidad y gas natural solicitando el cambio de comercializador a favor de IBERCLI, orden de domiciliación bancaria supuestamente firmada por el cliente, documentos todos ellos que acompaña como documento 2 y, finalmente, verificación telefónica, supuestamente realizada por la cliente.

---

A IBERCLI le constaba, prosigue, que el contrato a nombre de esta cliente fue aparentemente formalizado de forma presencial, mediante visita del agente comercial externo contratado por la empresa colaboradora de IBERCLI, debiendo quedar en poder del cliente en ese momento toda la documentación acreditativa del contrato, incluido el documento para poder revocar la contratación, documento destinado únicamente a las ventas no presenciales o a distancia. Además, continúa IBERCLI, según se acredita con documento 4, realizó llamada de verificación de la venta presencial, en la que se confirmó la visita del agente comercial al domicilio del cliente, que éste había sido informado de las condiciones, precios y descuentos aplicables al suministro contratado, así como los 4 últimos dígitos de la cuenta bancaria y, por tanto daba su conformidad a dicha contratación, descubriéndose más adelante que se trataba de una burda suplantación de la personalidad de la cliente.

Concluye este apartado afirmando que IBERCLI ha actuado correctamente sin infracción alguna de los principios que rigen la contratación de los suministros, ya que la contratación era aparentemente válida y cumplía con todos los requisitos de verificación establecidos, los cuales han resultado ser realizados de manera supuestamente fraudulenta por el personal de la entidad colaboradora. Por escrito posterior de 29 de noviembre de 2016, IBERCLI, en efecto, puso en conocimiento de la CNMC la incoación de diligencias previas en vía penal como consecuencia de la denuncia de dicha empresa frente a los agentes que actuaron en la presente contratación.

Como Alegación **tercera**, IBERCLI alega que si bien se le ha imputado la comisión de dos infracciones leves, previstas en la LSE y en la LSH, por tratarse de altas de contratos de suministro de gas y de suministro de electricidad independientes, la conducta imputada se lleva a cabo conjuntamente, ya que se trata de un solo contrato en el que se contemplan dos suministros, de electricidad y de gas (suministro dual), y, como consecuencia de ello, se da la conexión especial que exige la normativa para apreciar la existencia del concurso ideal de infracciones, y la aplicación del artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, cuyo texto transcribe.

Como Alegación **cuarta**, IBERCLI señala que para el hipotético caso de que la CNMC considerase oportuno sancionar, tal sanción sería mínima, ya que todas las circunstancias modificativas incluidas en la normativa sectorial aplicable actuarían como atenuantes, haciendo especial mención, respecto a las circunstancias señaladas en artículo 67.4 de la LSE a los siguientes extremos:

- No se ha generado peligro alguno para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente. La importancia del daño no es tal, puesto que se han devuelto a la consumidora afectada las cantidades facturadas por error. No ha habido peligro alguno en la continuidad del suministro.

- 
- Respecto al grado de participación, IBERCLI indica que no ha participado en la comisión de las infracciones por acción directa, y tampoco por omisión, pues puso en marcha los controles y el modelo organizativo adecuado para prevenir su comisión. Tampoco ha obtenido beneficio alguno.
  - No concurre intencionalidad, y además, las actuaciones irregulares de la entidad colaboradora y sus empleados han dañado la reputación e imagen comercial de IBERCLI, y le han causado pérdidas económicas al no poder facturar la energía efectivamente suministrada y haber tenido que pagar comisiones por una venta inexistente.
  - Por último, no concurre reincidencia, ni existe impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

Finalmente, tras señalar la identidad entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad contempladas en el artículo 112 de la LSH y las establecidas en la LSE, afirma que IBERCLI ha actuado en todo momento con buena fe y con la diligencia debida, ha procedido a aplicar a la entidad colaboradora las penalizaciones previstas, y a expulsar de inmediato de las campañas comerciales de IBERCLI al agente comercial implicado. Por último, indica que va a proceder a interponer denuncia contra los supuestos culpables de la comisión de conductas fraudulentas, para que se investigue el posible alcance penal de tales actuaciones.

IBERCLI finaliza su escrito de alegaciones **solicitando** el archivo de las actuaciones, o, subsidiariamente, se acuerde el concurso ideal de las infracciones, efectuando en este caso, una graduación proporcional de la sanción a imponer.

## **QUINTO. Propuesta de Resolución**

El 15 de diciembre 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:

Vistos los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Director de instrucción de energía de la CNMC

### **ACUERDA PROPONER**

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

**PRIMERO.-** Declare que la empresa IBERDROLA CLIENTES, es responsable de la comisión 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, y de una infracción leve de conformidad con lo establecido en el artículo 111 d) de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos.

**SEGUNDO.-** Imponga, a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros, por cada una de las dos infracciones cometidas.

La Propuesta de Resolución fue notificada a IBERCLI el 20 de diciembre de 2016, según obra en el expediente administrativo.

**SÉPTIMO. *Elevación del expediente al Consejo***

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía 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.

**OCTAVO. *Informe de la Sala de Competencia***

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

**HECHOS PROBADOS**

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

**Primero.** IBERDROLA CLIENTES procedió a activar, con fecha 25 de agosto de 2015 el contrato de suministro eléctrico del CUPS [...], y con fecha 1 de octubre de 2015, el contrato de suministro de gas del CUPS [...], ambos correspondientes al mismo domicilio de Pallejá (Barcelona), los cuales llevaban asociados los servicios de Protección Eléctrica Hogar y Protección de Pagos, y de Mantenimiento de Gas, y Protección de pagos, respectivamente.

Tales contratos fueron activados con base en los datos proporcionados a IBERCLI por un agente comercial externo, dependiente de la sociedad colaboradora [...], siendo otro agente comercial externo de la misma sociedad colaboradora quien tramitó el alta en el sistema de gestión de clientes de IBERCLI, y habiéndose producido la activación de contratos después de darse por válida por IBERCLI la supuesta llamada de verificación de la contratación proporcionada por otra sociedad colaboradora.

Así resulta expresamente reconocido por IBERCLI en su escrito de Alegaciones de 5 de agosto de 2016.

**Segundo.** La activación de los contratos se produjo sin haber sido comprobado previamente por IBERCLI el correcto otorgamiento del consentimiento a la

---

contratación de los suministros y servicios y al cambio de suministrador por parte de la consumidora, y sin que mediara contacto directo de IBERCLI con la consumidora que es titular de ambos suministros hasta que ella misma se dirigió, por intermediación de su hija, al servicio de atención al cliente de IBERDROLA, después de ser activados los contratos.

Así resulta de las manifestaciones de IBERCLI en su escrito de alegaciones, y de sus actos propios posteriores consistentes en la comunicación a la consumidora afectada, de 28 de julio 2016 (Folio 216 del expediente) y en la anulación de las facturaciones emitidas con causa en dichos contratos (folios 220, y 226 a 229).

**Tercero.** IBERCLI, tras la llamada de reclamación de fecha 16 de octubre de 2015, recibida de la hija de la consumidora afectada, relativa a tal supuesta contratación, procedió a dar de baja de forma inmediata los servicios complementarios contratados, pero no así los suministros de gas y electricidad. El suministro de gas se dio de baja el 20 de octubre de 2015 y el de electricidad el 4 de noviembre de 2015. Finalmente, y tras ser iniciadas actuaciones informativas por parte de la CNMC, se procedió a la anulación de todas las facturas emitidas, tanto de gas como de electricidad, remitiéndose nuevas facturas por importe de 0 euros el 23 de mayo de 2016, con el resultado de haberse reparado el daño causado.

Así resulta de las manifestaciones de IBERCLI en su escrito de alegaciones, y de la documentación que acompaña como Anexo 6 al mismo (Folios 217 a 231).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC («Ley 3/2013») y conforme al artículo 23.f del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto («Estatuto Orgánico») 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 («LSE»), corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones previstas en el párrafo 4 del artículo 66 de la misma Ley. Con arreglo al artículo 116.3.c) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos («LSH») corresponde a la CNMC la imposición de sanciones por las infracciones previstas en el artículo 111.d) de la misma Ley. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

---

## II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 11 y siguientes del RD 1398/1993, norma que resulta aplicable a tenor de la DT 3ª, apartado a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común («A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»). Por otro lado, los principios de la potestad sancionadora, previstos en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («Ley 30/1992»), figuran ahora en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («Ley 40/2015»).

Asimismo resulta de aplicación, en cuanto a normas de procedimiento se refiere, lo dispuesto en la Ley del Sector Eléctrico, en particular, lo establecido en su artículo 79, donde se determina un plazo máximo de nueve meses para resolver y notificar la resolución del expediente. El mismo plazo establece la Ley del Sector de Hidrocarburos en el artículo 115.2.

## III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 66 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (en adelante LSE) 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*».

De forma idéntica, el artículo 111 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante LSH), contempla entre las infracciones leves, en su apartado d, la siguiente: «*El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes*».

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 o de alguno de sus representantes, exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente, y que no desaparece ni se atenúa (más bien al contrario) 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.

Efectivamente, el artículo 44.1.c de la LSE señala el derecho del consumidor a «*elegir su suministrador*». Por otro lado, el artículo 46 de la LSE, establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado g) la de «*Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación...*».

Del mismo modo, tanto el artículo 57 bis b) como el artículo 58 de la LSH establecen el derecho del consumidor a «elegir suministrador». Por otro lado, el artículo 57 bis e) de la LSH establece el derecho del consumidor a disponer de un contrato «con el comercializador», con un cierto contenido, correlativa obligación del comercializador.

La obligación de formalizar el contrato entre las obligaciones de los comercializadores pone de manifiesto que es el comercializador, y solo el comercializador, el titular del contrato de suministro con el consumidor. Por tanto a él corresponde comprobar la identidad del consumidor y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro. Y ello 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.

En el presente caso, IBERCLI, a partir de los datos que le proporcionaron sus sociedades colaboradoras, y presumiendo el consentimiento del cliente sin que el mismo se hubiese prestado, procedió a la activación de los contratos de suministro de electricidad y de gas, e incurrió así, en el comportamiento infractor indicado. Ello sin perjuicio de que posteriormente, y ante la queja de la consumidora afectada, y tras la intervención de la CNMC, procediera a corregir su actuación, lo que se valorará más adelante, con ocasión del análisis de la culpabilidad y del análisis de las circunstancias concurrentes tenidas en cuenta para la cuantificación de la sanción.

Efectivamente, atendiendo al relato fáctico que la propia sociedad IBERCLI ofrece en su escrito de Alegaciones de agosto de 2016, resulta que por parte de dicha sociedad comercializadora habían sido externalizados tanto el servicio de captación de clientes (a través de la sociedad [...]), como el posterior servicio de control, mediante llamada de verificación al cliente (a través de la sociedad [...], en este caso).

Tanto la documentación aportada por [...], afirma IBERCLI, como la llamada de verificación presentaban apariencia de validez, por lo que se dio como positiva la contratación y se dieron de alta los suministros.

No obstante, la inicial apariencia de validez de la documentación aportada, y el contenido de la grabación de la llamada telefónica de “verificación” resultaban insuficientes a los efectos de acreditar la identidad y efectivo otorgamiento del consentimiento por parte de la consumidora, tal y como viene a reconocer IBERCLI en su escrito de Alegaciones, puesto que, revisadas dicha documentación y grabación más adelante, en fechas comprendidas entre 17 de mayo de 2016 y 27 de mayo de 2016, con ocasión del requerimiento de información cursado por la CNMC, la misma sociedad comercializadora llegó a la conclusión de que se trataba de una contratación fraudulenta y de que había sido suplantada la personalidad del consumidor en la llamada de verificación.

---

El examen de la “*documentación contractual*” aportada por IBERCLI al expediente como documento 2 anexo a su escrito de alegaciones pone de manifiesto “*ictu oculi*” la diferencia de trazo entre la firma que aparece en el DNI de la consumidora (folio 106 del expediente) y la firma que aparece en el contrato de suministro (folio 104 del expediente).

Tanto la mencionada diferencia en las firmas, como la circunstancia de que el agente externo que tramitó la contratación en el sistema de gestión de clientes no fuera el mismo agente externo que efectuó la visita presencial (extremo éste que resulta evidente a la vista de los diferentes “*códigos de identificación del agente*” que figuran respectivamente en el contrato de suministro obrante al folio 104, y en la grabación del alta en el sistema de clientes que figura al folio 250) debió poner a IBERCLI sobre aviso de que podía tratarse de una contratación fraudulenta, y dar lugar, a partir de la duda razonable, a la práctica de comprobaciones y/o controles adicionales. No se practicaron por IBERCLI tales comprobaciones antes de activarse el cambio de comercializador y los contratos.

Por lo que se refiere a la llamada de verificación con el supuesto cliente, la audición de la grabación aportada por IBERCLI (folio 251 del expediente) pone de manifiesto que ni el formato de dicha comunicación, ni el contenido de la misma resultaban eficaces para asegurar la identidad de la consumidora afectada, ni suficientes para acreditar el otorgamiento del consentimiento a las contrataciones:

Efectivamente, en dicha conversación telefónica todos los datos de identificación del supuesto consumidor son anticipados por la interlocutora que habla en nombre de IBERDROLA, pidiéndose a la supuesta consumidora únicamente la confirmación de tales datos con posterioridad a su enunciado por quien habla en nombre de IBERDROLA. Es evidente que dicho formato no resulta eficaz para detectar una posible suplantación, pues puede ser respondido afirmativamente por cualquiera. Además, puesto que todos los datos identificativos mencionados aparecen en la portada del llamado “contrato” (folio 104 del expediente) pueden ser respondidos afirmativamente por cualquier persona que tenga delante una copia de dicho documento. No se formulan preguntas directas que, por la inmediatez y seguridad en las respuestas hubieren permitido confirmar, sin duda alguna, que la conversación se estaba manteniendo con la consumidora afectada.

A su vez, el indicado formato de locución telefónica no permitiría tampoco comprobar el otorgamiento del consentimiento para todos y cada uno de los servicios supuestamente contratados, ya que solo al final de la conversación, se procede a enumerar tales servicios, todos ellos seguidos, sin especificar ni su respectivo contenido ni el precio diferenciado de cada uno de ellos, y se enumeran en tono afirmativo por parte de IBERDROLA, y sin preguntar al interlocutor si ha otorgado o no su consentimiento a todos o a alguno de ellos.

---

Finalmente dicha locución no incorpora pregunta directa acerca de la voluntad de la consumidora de cambiar de suministrador a favor de IBERDROLA, siendo sin embargo este un aspecto fundamental, ya que tanto la LSE (artículo 44,1, c,) como la LSH (artículo 57 bis b) enuncian entre los derechos de los consumidores el de elección de suministrador.

En todo caso, es evidente, y así lo reconoce IBERCLI en su escrito de Alegaciones, que fue con ocasión del requerimiento de información practicado por la CNMC, cuando dicha sociedad procede a verificar internamente si la documentación de la contratación es correcta, y es entonces cuando descubre que la llamada de verificación fue respondida por otra persona que no era la consumidora, y que ésta había sido suplantada.

IBERCLI no especifica si fue también en ese momento concreto, o antes, cuando tuvo “fundadas sospechas” sobre la autenticidad de la documentación aportada en su momento por [...]. Tampoco ofrece una razón para explicar por qué desactivó el contrato de gas de forma casi inmediata, en plazo de días, tras recibir la llamada de la hija de la consumidora el 16 de octubre de 2016, y no desactivó en ese momento también el contrato de electricidad, cuando la documentación contractual era la misma.

Lo cierto es que IBERCLI, tras entablar contacto directo con la consumidora (a partir de la reclamación de ésta, y de la intervención de la CNMC) alcanzó sus conclusiones respecto a esta contratación, calificándola de “*presuntamente fraudulenta*”. Cualesquiera que hayan sido los elementos de convicción que llevaron a IBERCLI a tales conclusiones, es evidente que tales elementos de convicción, que fueron obtenidos según IBERCLI de la revisión de las mencionadas documentación y locución telefónica, estuvieron a disposición de la sociedad comercializadora desde un primer momento y que, si, desde un primer momento se hubiera procedido a la comprobación o revisión que más adelante se hizo, se hubieran podido alcanzar las mismas conclusiones antes de proceder a la activación de los contratos

La dejación u omisión de control acerca de la identidad del consumidor y acerca del otorgamiento efectivo de consentimiento en el momento previo a los trámites de activación de los correspondiente contratos es una conducta omisiva que resulta sancionable, por concurrir en la misma el ilícito administrativo previsto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 diciembre, del Sector Eléctrico, y en el artículo 111 d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos.

Dicha conducta omisiva en que consiste la infracción es imputable a la sociedad comercializadora IBERCLI en su condición de parte contratante de los suministros de gas y electricidad y, por ello, sujeto responsable de comprobar la identificación del consumidor y responsable de la correcta formalización del contrato con dicho consumidor mediante la comprobación de la concurrencia de consentimiento de aquél

---

en relación con el objeto de los distintos suministros y servicios que dicha comercializadora suscribe.

No obsta a lo anterior lo alegado por IBERCLI respecto a la presunta simulación de contrato, falsificación de firma, y suplantación de personalidad, imputables a determinados agentes externos. Además de la ausencia de controles adecuados de comprobación de la prestación del consentimiento por parte de la propia IBERCLI, la actuación de agentes comerciales externos empleados por dicha IBERCLI le sería a ella imputable, a título de culpa in vigilando o in eligendo, como se razona más adelante en el apartado correspondiente.

En definitiva, la instrucción practicada acredita que en el presente caso tuvo lugar una infracción de IBERCLI que se circunscribe a la efectiva existencia de consentimiento para la contratación. En esa medida, la infracción consistió en el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes. En vista de lo anterior no se considera, en particular, que en atención a la gravedad objetiva de la conducta y a la lesión del bien jurídico protegido, procediese la tipificación como grave de la conducta, singularmente desde la perspectiva del artículo 65.25 LSE, o del artículo 110.t) LSH.

#### IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

##### a) Consideraciones generales:

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, según el cual *«sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia»*. En términos similares, el artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015 señala: *«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

Lo anterior debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción*

---

*administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»<sup>1</sup>.*

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 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

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

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

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

La diligencia que es exigible a un 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.c de la LSE y 57 bis b de la LSH). 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. Ello comporta la necesidad de aplicar con carácter previo a la activación de cualquier contrato de suministro, los controles que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor.

Aduce IBERCLI lo establecido en el artículo 31 bis 2, del Código Penal, con citas jurisprudenciales relativas a la aplicabilidad en derecho administrativo sancionador de los principios inspiradores del derecho penal, para concluir que está exenta de responsabilidad una sociedad que hubiera adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir la infracción o reducir significativamente el riesgo de su comisión.

---

<sup>1</sup> Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo e 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.

---

Afirma IBERCLI haber adoptado un modelo “*más que adecuado*” para prevenir las dos supuestas infracciones cometidas, mediante un doble control: De una parte el control previo que resulta del Acuerdo de Colaboración con [...] y sus documentos complementarios o anexos y, de otra parte, el control posterior, mediante la llamada de verificación telefónica.

Del modelo organizativo implantado al efecto destaca IBERDROLA la cláusula Decima del contrato de colaboración con [...] por la que, en referencia al control de calidad, se establece la obligación de la sociedad colaboradora de emitir informe mensual de incidencias detectadas (tales como incumplimientos del Código Ético de Venta y Manual de Criterios Operativos) y medidas correctivas adoptadas, así como la obligación de dicha sociedad colaboradora de proporcionar a todos sus agentes copia de dichos Código y Manual, exigiéndose por parte de IBERCLI que tales agentes firmen en todas sus páginas tales documentos y se remita a IBERCLI copia escaneada de los mismos.

Destaca igualmente IBERCLI la cláusula Décimo Primera, que obliga a aplicar el Manual y Código indicados y cuyo apartado 18 establece la obligación de “*Mantener indemne a IBERDROLA frente a cualquier reclamación que pudiera ser presentada por el cliente final de IBERDROLA, por terceros o por la Administración, como consecuencia de un incumplimiento por parte del SOCIO COLABORADOR de las obligaciones contraídas por el presente Acuerdo o en la normativa vigente, y en especial, por la vulneración de los derechos de los Consumidores y Usuarios, normativa sectorial energética y de defensa de la competencia y de protección de datos de carácter personal.*” “*En particular, IBERDROLA deducirá de la remuneración correspondiente al SOCIO COLABORADOR cualquier coste incurrido IBERDROLA como consecuencia de la realización por este último o por sus empleados o colaboradores de actuaciones contrarias al Acuerdo o la normativa aplicables.*”

Hace asimismo, mención de la cláusula Décimo Cuarta que contempla entre las causas de resolución del contrato el incumplimiento del código ético y/o manual de criterios operativos, así como “*la tramitación de actuaciones de cualquier tipo sin el consentimiento del consumidor a la misma, ya sean contrataciones no consentidas o gestiones de cambio de titularidad o de cuenta de pago, etc. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa que corresponda al SOCIO COLABORADOR y/o sus colaboradores por la comisión de los actos delictivos y fraudulentos*”.

A la vista de tales alegaciones y documentos, no cabe duda de que la sociedad comercializadora IBERCLI ha implementado en su contrato con la sociedad intermediaria (en este caso [...]) una serie de medidas tendentes a proteger el control de calidad en la captación de clientes, entre ellas, una metodología para las nuevas contrataciones y unos mecanismos de penalización a la sociedad colaboradora para el caso de sean infringidas sus reglas. Cuestión distinta es que tales medidas, que sin duda pueden resultar altamente eficaces respecto al objetivo de lograr la indemnidad económica de IBERCLI frente a eventuales actuaciones irregulares de la empresa

---

colaboradora o sus agentes, puedan resultar eficaces y suficientes para garantizar los derechos de los consumidores en los mecanismos de contratación y cambio de suministrador.

Cuestión también distinta es que la mera adopción de tales medidas resulte acreditativa de haberse aplicado por parte de la sociedad comercializadora la diligencia que le es exigible.

Tales medidas son necesarias evidentemente, cuando, como sucede en este caso, se ha externalizado por parte de la sociedad comercializadora la captación de clientes y los trámites iniciales de la contratación.

Ahora bien, dichas medidas que imponen obligaciones al colaborador externo, y fuertes penalizaciones, no tienen eficacia alguna, en cuanto al objetivo de protección del consumidor, si no se lleva a cabo además por parte de la sociedad comercializadora un control directo individualmente aplicado con ocasión de cada nueva supuesta contratación, y con carácter previo a la activación de un nuevo contrato. Este tipo de control individualizado no fue aplicado, o se aplicó de forma rutinaria y negligente, debiendo insistirse, además, en que los agentes comerciales que llevaron a cabo la contratación actuaban para IBERCLI.

Afirma IBERCLI que recibió una documentación consistente en el contrato de suministro firmado, junto con fotocopia del DNI, hoja de precios, solicitud de cambio de suministrador y copia de última factura, así como verificación telefónica, todo lo cual presentaba *apariencia de veracidad*. A la vista de todo ello, se dieron por supuestos tanto la identidad de la consumidora en la locución telefónica como el otorgamiento de su consentimiento y se activaron los contratos. Sin embargo, la revisión posterior de los mismos documentos y locución telefónica (revisión efectuada tras la intervención de la CNMC) llevaron a IBERCLI a la convicción contraria, siendo la propia sociedad comercializadora la que, en su escrito de alegaciones utiliza los calificativos de *presunta falsificación de firma, contratación fraudulenta, y suplantación de la personalidad* de la consumidora, llegándose en todo caso a la conclusión de que no había sido otorgado el consentimiento, y procediéndose a la restitución de todos los importes facturados.

Si tal convicción se alcanzó por IBERCLI a la vista de los mismos documentos y locución telefónica de los que esta sociedad disponía desde un primer momento, no puede sino concluirse que la misma diligencia y cuidado que aplicó en la revisión final de tales instrumentos, estuvo ausente en el momento inicial de activación de los contratos. Siendo tal grado de diligencia exigible al comercializador, como garante que es del derecho del consumidor a elegir suministrador, este comportamiento constituye negligencia punible.

Lo anterior resulta de la jurisprudencia recaída en casos similares. La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo C-A, de 15 de abril de 2014 (Rec. 123/2013) confirmó

---

la sanción de 40.000 euros impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos a una comercializadora de electricidad por el uso indebido de datos personales al llevarse a cabo el alta de sendos contratos de energía eléctrica, sin el consentimiento de los clientes, a través de una empresa externa a la que la compañía imputada había encargado la promoción y venta de sus productos energéticos. La Sentencia señaló lo siguiente: *“aunque la contratación del servicio de suministro de energía eléctrica con [la comercializadora] se realizaba a través de la empresa contratada a tal fin [agente externo], a la que correspondía recabar el consentimiento para la contratación de los interesados y obtener todos los datos necesarios para la cumplimentación de los contratos, que había de facilitar a aquella suministradora para la prestación del servicio, lo cierto es que los denunciados fueron dados de alta por [la comercializadora] en el mencionado servicio sin que esta compañía haya demostrado que los denunciados otorgaran su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales en relación con tal contrato [...]”*.

La Sentencia, tras efectuar consideraciones similares a las de IBERCLI sobre la aplicación, con matices, al derecho administrativo sancionador de los principios del derecho penal; a la necesaria concurrencia de culpabilidad en el ámbito sancionador; así como a las particularidades de la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, concluye que en ese caso se había enervado la presunción de inocencia de la comercializadora, por ser el cliente la contraparte de la comercializadora: *“El hecho de que la actora contratara con [un agente externo] la promoción y venta de dicho suministro de energía eléctrica y encargara a esta compañía la recogida de los datos de los clientes y de su consentimiento para la contratación del nuevo servicio, con la obligación de poner a disposición de la demandante los documentos o grabaciones acreditativas del consentimiento en la contratación, no exime de responsabilidad a la sociedad sancionada en el cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos personales, pues esta es quien incorpora los datos personales de los clientes a sus ficheros, emite las facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, por lo que debe asegurarse de que el titular de tales datos personales ha prestado su consentimiento inequívoco para su tratamiento con el fin señalado”*.

A tenor de la Sentencia, la evidencia de falta de consentimiento conduce a la responsabilidad de la comercializadora por falta de medidas eficaces de control, lo que constituye un caso de negligencia. Así afirma la Sentencia que la comercializadora *“procedió al tratamiento de los datos personales de los denunciados sin su consentimiento, cuya existencia en modo alguno ha acreditado, pese a tener la obligación de asegurarse de que contaba con el consentimiento de los titulares de dichos datos para proceder a su tratamiento, a cuyo efecto debió implementar las medidas de control y verificaciones correspondiente [...]. En consecuencia, la demandante es responsable de la infracción por cuya autoría fue sancionada, pues como responsable del fichero y del tratamiento de los datos personales de los denunciados debió obrar con mayor diligencia, asegurándose de que contaba con el consentimiento de aquellos cuyos datos personales incorporó a sus ficheros,*

---

*asociados al suministro de energía eléctrica, y a cargo de los cuales emitió las correspondientes facturas por suministro eléctrico”.*

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo C-A, de 14 de mayo de 2014 (Rec. 253/2013), también sobre la activación de un contrato de suministro sin consentimiento, realizó consideraciones análogas. En particular, la Sentencia negó que dar por buena una firma distinta de la de la denunciante, como aquí sucede, pueda considerarse una actuación diligente.

Tales consideraciones son extrapolables al caso aquí analizado. Debe insistirse en que IBERCLI, como titular del contrato de suministro con el cliente, debió asegurarse de que dicho cliente había prestado su consentimiento. El que la propia IBERCLI, a partir del mero examen de documentación de la que dispuso desde el primer momento, llegase a la conclusión de que tal consentimiento no existía, basta para concluir, necesariamente, su falta de diligencia.

La negligencia no puede excusarse por la circunstancia alegada por IBERCLI, de la posible concurrencia de dolo o fraude por parte de los agentes o colaboradores externos, que, según se afirma, también engañaron a IBERCLI. Tal eventualidad de fraude no puede ser desconocida por las sociedades comercializadoras que externalizan el servicio de captación de clientes. La posibilidad de que pueda producirse algún tipo de comportamiento fraudulento por parte de los agentes externos es un motivo adicional para que las sociedades comercializadoras extremen los controles directos que aplican, una vez recibida la documentación de su sociedad colaboradora y antes de activar los nuevos contratos de suministro. Por otro lado, sería aplicable a este caso el instituto de la culpa in eligendo o in vigilando, pacíficamente aceptado en el derecho administrativo sancionador. Así, la Sentencia del Juzgado de lo C-A de Andalucía de 16 de enero de 2016 (Rec. 140/2005) confirmó la sanción a una firma de alimentación, *“aunque sólo fuera a título de culpa bien in eligendo, bien in vigilando”*, por no comprobar la veracidad de los datos del etiquetado de productos fabricados para ella. Y la Sentencia del TSJ de Extremadura, Sala de lo C-A, de 24 de octubre de 2002 (Rec. 112/2000) confirmó la sanción tributaria a una cooperativa que había encargado a un tercero la gestión tributaria de la entidad con el argumento de que en el ámbito del derecho sancionador cabe considerar responsables a las personas jurídicas *“cuando exista, como mínimo, algún título o motivo de imputación, basado, al menos, en las teorías de la culpa in eligendo o in vigilando”*, y ello *“con independencia de la responsabilidad en que haya podido incurrir esa tercera persona”*.

En definitiva, el hecho de que los agentes que efectuaron la supuesta contratación actuasen para IBERCLI, única contraparte en los contratos de suministro, unido a la falta de adecuada vigilancia sobre la actividad de dichos agentes, como resulta de las consideraciones recién expuestas, lleva a concluir que existió culpa imputable a IBERCLI en este caso.

---

## VI. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES

En su alegación tercera, la sociedad comercializadora indica que, si bien el acuerdo de incoación imputa la comisión de dos infracciones leves, tipificadas respectivamente en la LSE y en la LSH, al tratarse de dos activaciones de contratos diferenciados, como son los de suministro de electricidad y de gas, la contratación se ha llevado a cabo conjuntamente, como demuestra la documentación aportada al expediente, por tratarse de un suministro dual.

Por ello considera que se da la conexión especial que exige la normativa aplicable al procedimiento administrativo sancionador para apreciar la existencia de concurso ideal de infracciones. Cita al respecto el artículo 4.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993): *“En defecto de regulación específica, establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”*.

Sin perjuicio de que la regla sobre concurso ideal de infracciones administrativas citada por IBERCLI resulta actualmente derogada por la Disposición Derogatoria Única 2.e) de la ley 39/2015, de 1 de octubre de *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, y su contenido material resulta ahora establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público*, cuyo artículo 29 *Principio de Proporcionalidad*, establece en su apartado 6 la misma regla, si bien con carácter general y no como norma supletoria de una regulación específica, debe descartarse la aplicabilidad de dicha regla al supuesto que aquí se analiza.

Aun cuando los hechos imputados y declarados probados se han producido en el marco de lo que IBERCLI denomina “contrato dual” y han resultado de un proceso único de captación de clientes, supuestamente en visita domiciliaria, y de un proceso de verificación común, lo cierto es que existe una pluralidad de actuaciones de IBERCLI, que se concretó en la activación respectiva de los contratos de electricidad y de gas. Tales actuaciones de activación de los diferentes contratos (que ni siquiera fueron simultáneas en el tiempo, como la propia IBERCLI indica en su escrito de alegaciones) son perfectamente diferenciables, ya que exigen comunicación con los respectivos distribuidores eléctricos y de gas, están referidos a diferentes consumos (CUPS respectivos de electricidad y gas) con diferentes precios y contenido contractual, y se concretan en dos diferentes instrumentos jurídicos que son los respectivos contratos de suministro. Tales contratos han tenido, además, diferente trayectoria, habiéndose desactivado el contrato de gas en plazo mucho más breve.

Es indiscutible por tanto, que en este asunto se han producido dos activaciones diferenciadas, cada una de las cuales lesiona el bien jurídico protegido por los tipos de infracción previstos en las respectivas leyes sectoriales, y que no es otro que el derecho del consumidor a elegir suministrador tanto de electricidad como de gas. No es obstáculo a lo anterior el hecho de que se trate del mismo consumidor (persona

---

física titular de ambos suministros para su domicilio) puesto que ha resultado dañado tanto el derecho que ostenta en su condición de consumidor de electricidad como el derecho que ostenta en su condición de consumidor de gas.

Adicionalmente, no puede concebirse que la mera elección de un determinado modelo de contrato (en este caso un “contrato dual”) pueda permitir que la compañía suministradora vea reducida su sanción pese a cometer dos infracciones. Lo relevante en este caso es que los perjuicios al consumidor se le causaron, según lo señalado, en su doble condición de consumidor tanto de gas como de electricidad. Poco importa si la activación de los contratos tuvo origen en un modelo de contrato dual referido a ambas contrataciones o si se emplearon dos impresos separados. Es asimismo irrelevante si la supuesta contratación tuvo lugar el mismo día o si se contrató (supuestamente) en días distintos. Lo determinante es que la activación de sendos contratos sobre los que no se prestó consentimiento afectó a bienes jurídicos diferentes, que consisten, como se ha expuesto, en el derecho del consumidor a elegir suministrador tanto de electricidad como de gas.

Procede, por ello, desestimando la pretensión subsidiaria de IBERCLI, sancionar por la comisión de dos infracciones diferentes tipificadas respectivamente en artículo 66.4 de la LSE y artículo 111 d) de la LH.

## **V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA**

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción.

Por su parte, el artículo 67.4 de esta Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico determina las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la graduación de las sanciones:

- «a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

---

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

Por su parte, el artículo 113 c) de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves si bien indica que la sanción no podrá superar el 1% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, para el caso de las infracciones leves. Asimismo el artículo 112 de esta Ley indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción, y que resultan ser coincidentes con las mencionadas del art. 67 de la LSE, a excepción de las dos últimas contempladas en éste.

La Propuesta de Resolución señaló la falta de concurrencia de las circunstancias determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, el cual afecta a una sola contratación de suministro eléctrico, y a una sola contratación de suministro de gas. Asimismo, dicha Propuesta añadió que concurre, en cambio, la circunstancia acreditada de haberse reparado plenamente por parte de IBERCLI el daño causado, al haberse procedido a reponer al consumidor en su inicial situación sin coste para el mismo, tanto en lo que se refiere al suministro eléctrico como al de gas, si bien tales actuaciones no fueron llevadas a cabo por IBERCLI de forma espontánea, sino tras la intervención de la CNMC, ante la denuncia recibida. En atención a lo anterior, la Propuesta, considerando asimismo los niveles de diligencia exigibles a las sociedades comercializadoras, así como la inexistencia de beneficio como consecuencia del comportamiento infractor, y la restitución del daño causado, consideró oportuno proponer la imposición de una multa de 20.000 euros por cada una de las dos infracciones cometidas (40.000 euros en total).

Junto a dichas consideraciones, la Sala, para cuantificar la sanción, considera que se debe tener en cuenta el reconocimiento de los hechos que ha efectuado IBERCLI (sin perjuicio de las alegaciones sobre la supuesta ausencia de culpabilidad, que han quedado debidamente contestadas en esta Resolución). Asimismo, se debe tomar en consideración que, si bien la anulación de las facturas generadas tuvo lugar después de la comunicación de la CNMC, IBERCLI sólo tuvo conocimiento de la queja de la consumidora ante los servicios municipales de consumo como consecuencia del traslado efectuado mediante esa comunicación de la CNMC, lo que le habría impedido reparar el daño de inmediato.

En definitiva, la Sala, en atención especialmente al reconocimiento de hechos efectuado por IBERCLI, las comunicaciones que ha trasladado a la consumidora y la reposición de la misma a la situación anterior a la infracción, considera oportuno imponer multas de 15.000 euros por cada una de las infracciones cometidas.

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

---

**RESUELVE**

**PRIMERO.** Declarar que IBERDROLA CLIENTES, SAU 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.

**SEGUNDO.** Declarar que IBERDROLA CLIENTES, SAU es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

**TERCERO.** Imponer, a la citada empresa, dos sanciones consistentes en el pago de una multa de quince mil **(15.000) euros por cada una de las citadas infracciones.**

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.