

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LAS EMPRESAS COMERCIALIZADORA ZERO ELECTRUM, S.L. Y CATGAS ENERGÍA, S.A., POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES ADOPTADAS CON OCASIÓN DE LA INHABILITACIÓN DE LA PRIMERA DE ESTAS EMPRESAS.

SNC/DE/024/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 26 de julio de 2018

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum.

El 14 de abril de 2016 se publicó en el BOE la Orden IET/530/2016, de 7 de abril, *por la que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica a la empresa Comercializadora Zero Electrum, S.L. y se traspasan sus clientes a un comercializador de referencia y se determinan las condiciones de suministro a dichos clientes.*

El apartado primero de dicha Orden acordaba inhabilitar a Comercializadora Zero Electrum, S.L. por incumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la actividad de comercializador y, en consecuencia, se acordaba el traspaso de los clientes de dicha empresa a un comercializador de referencia, demorando la eficacia de dichos acuerdos por el plazo de un mes, según lo dispuesto en el apartado sexto de la propia Orden.

El apartado cuarto de la Orden, bajo el epígrafe “*Contrato de suministro de energía eléctrica con el comercializador de referencia*”, establecía determinadas disposiciones al objeto de garantizar la continuidad del suministro a los consumidores afectados. Su tenor literal es el siguiente:

“1. Si el consumidor a quien resulte de aplicación esta orden no ha procedido a formalizar un contrato de suministro de energía eléctrica con una comercializadora antes de que finalice el plazo previsto en el apartado Sexto, automáticamente se entenderá que consiente en obligarse con el comercializador de referencia que le corresponda de acuerdo con lo establecido en el apartado Tercero, subrogándose el comercializador de referencia en la obligación de suministro en las mismas condiciones técnicas del contrato de acceso.

A estos efectos, el contrato de suministro existente entre el consumidor y Comercializadora Zero Electrum S.L se entenderá rescindido en el plazo previsto en el apartado Sexto, salvo en el caso de que el consumidor hubiese suscrito contrato de suministro con un comercializador de su elección antes de la finalización de dicho plazo.

2. Para el nuevo contrato descrito en el apartado anterior y para su renovación, resultará de aplicación la normativa vigente.”

Por su parte, el apartado octavo de la Orden regulaba el *Procedimiento de cambio de suministrador de los clientes de Comercializadora Zero Electrum, S.L.*, estableciendo las correspondientes obligaciones de comunicación, para la sociedad distribuidora, la comercializadora saliente y la comercializadora de referencia, y los plazos en que dichas comunicaciones habían de cursarse, para garantizar a los clientes afectados por la inhabilitación tanto la mencionada continuidad de su suministro como la posibilidad de elegir nuevo suministrador (en un contexto de información acerca de las circunstancias de la inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum y de los derechos que les asisten como consumidores).

Específicamente, en lo que atañe a las obligaciones de información de Comercializadora Zero Electrum, el apartado octavo.2 establecía que “*en el plazo máximo de 5 días hábiles desde la publicación de la presente orden en el Boletín Oficial del Estado, la comercializadora saliente Comercializadora Zero Electrum S.L. deberá informar a los clientes afectados de la extinción de su habilitación como comercializadora y del traspaso de sus clientes a una comercializadora de referencia, mediante el envío de un escrito de acuerdo al modelo incluido en el Anexo II de la presente orden*”. Igualmente, se establecía, en el mismo apartado, la obligación de la comercializadora saliente de facilitar a la distribuidora los datos de los clientes para que, posteriormente, las comercializadoras de referencia puedan activar los contratos de los clientes y facturar el suministro a los mismos.

Finalmente, el apartado noveno de la citada Orden IET /530//2016 obligaba a las empresas distribuidoras a remitir a la CNMC los datos agrupados por tarifas de acceso de los suministros que corresponden a clientes de Comercializadora Zero Electrum a la fecha de publicación de la orden, y los cambios de comercializador producidos en dicho grupo de clientes al finalizar el periodo de

un mes establecido en su apartado sexto. Todo ello, en el marco de la competencia supervisora sobre los cambios de suministrador que atribuye a la CNMC el artículo 7.4 de la ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

SEGUNDO.- Recepción de información sobre los cambios de comercializador producidos.

A tenor de la información recibida en la CNMC de las sociedades distribuidoras en el marco de lo establecido en el citado apartado noveno de la Orden IET/530/2016, resultó que, de un total de 455 consumidores que eran clientes de Comercializadora Zero Electrum en fecha 14 de abril de 2016 (fecha de publicación en BOE de la Orden IET/530/2016), 291 de ellos pasaron a ser clientes del comercializador Catgas Energía, S.A. al finalizar el mes previsto en la citada Orden.

TERCERO.- Apertura de un período de información previa.

A la vista de la información recibida, y en el ejercicio de la función supervisora de los cambios de suministrador atribuida a la CNMC, el Director de Energía acordó, el 3 de junio de 2016, la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias de los cambios de comercializador activados a favor de Catgas Energía en el periodo comprendido entre el 14 de abril de 2016 y el 16 de mayo de 2016.

En el marco de dicho periodo de información previa, y con el objeto de verificar el efectivo consentimiento del consumidor en los cambios de comercializador, se requirió a la Catgas Energía, mediante oficio de 3 de junio de 2016, a fin de que aportara información sobre los siguientes extremos:

- “1. Historial detallado de los cambios de comercializador realizados a su favor entre el 14 de abril de 2016 y el 16 de mayo de 2016, incluyendo un listado con los CUPS (Código universal del Punto de Suministro) correspondientes.
2. La acreditación documental y/o grabación del consentimiento efectivo prestado por los consumidores en dichos cambios de comercializador, en los que CATGAS ENERGIA S.A. actuó como comercializadora entrante en el periodo comprendido entre 14 de abril de 2016 y 16 de mayo de 2016.”

CUARTO.- Información remitida por Catgas Energía.

Con fecha 1 de julio de 2016 se recibió de Catgas Energía comunicación a la que adjuntaba un listado de 294 CUPS¹ activados a su favor en el periodo señalado. Respecto de estos 294 CUPS se aportaba la siguiente documentación:

- Para 201 de los CUPS activados a su favor, un documento denominado *“Acuerdo de traspaso del contrato de suministro de energía eléctrica entre*

¹ Código Unificado de Punto de Suministro (CUPS)

el cliente y las comercializadoras ZERO ELECTRUM y CATGAS”, en el que figura el logotipo de ambas empresas, el compromiso de Catgas Energía de mantener los términos y condiciones del contrato de suministro suscrito por Comercializadora Zero Electrum, y la cláusula de aceptación por el cliente de la subrogación de Catgas Energía en la posición jurídica de Comercializadora Zero Electrum. Tales acuerdos están fechados entre el 18 y el 28 de abril de 2016, y firmados por las tres partes.

- Para 14 CUPS se adjuntaba parte de un contrato suscrito entre Catgas Energía y el cliente; todos ellos fechados el 26 de abril de 2016.
- Para 27 CUPS se adjuntaba documento con los datos del punto de suministro, sin fecha, ni logotipo, ni firma.
- Para 52 CUPS no se remitía documentación acreditativa.

QUINTO.- Requerimiento para el envío de información complementaria.

Con fecha 26 de julio de 2016 se reiteró el requerimiento de información a Catgas Energía en relación con los 79 CUPS integrantes de los dos bloques mencionados (27 CUPS sin firma en el documento aportado, y 52 sin aportación de documentación).

El 16 de agosto de 2016 se recibió en el registro de la CNMC escrito de Catgas Energía adjuntando nueva documentación: Para 20 CUPS se adjuntan *acuerdos de traspaso* de las características indicadas anteriormente y fechados también entre el 18 y el 26 de abril de 2016; para 58 CUPS se remite parte de un contrato; en el caso de 1 CUPS, Catgas Energía no remitió documentación alguna.

SEXTO.- Incoación del procedimiento sancionador

Analizada la documentación recibida, se constató que en el proceso masivo de traspaso de clientes entre Comercializadora Zero Electrum y la comercializadora entrante Catgas Energía, y con ocasión de la inhabilitación de la primera de ellas, podría haberse infringido el derecho de los consumidores a elegir suministrador, omitiéndose el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Orden IET/530/2016 para la protección de los clientes de Comercializadora Zero Electrum, y realizándose el traspaso masivo de clientes en virtud de un acuerdo entre esta sociedad y Catgas Energía. Concurrían, por ello, indicios de la infracción prevista en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

A la vista de tales indicios, y de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el artículo 76 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en los artículos 29 de la Ley 3/2013,

de 4 de junio, de creación de la CNMC, y 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013), el Director de Energía acordó, con fecha 21 de marzo de 2017, la incoación de procedimiento sancionador a las empresas COMERCIALIZADORA ZERO ELECTRUM S.L. y CATGAS ENERGIA S.A en su condición de sociedades comercializadoras de energía eléctrica, y en calidad de autoría y/o colaboración necesaria por los presuntos hechos infractores, consistentes en:

- *El incumplimiento de las concretas medidas de protección al consumidor en materia de libre elección de suministrador y de continuidad de su suministro que, en el caso de los clientes de la sociedad ZERO ELECTRUM S.L. se concretan en las disposiciones contenidas en la Orden IET/530/2016 por la que se acuerda la inhabilitación de dicha sociedad y el traspaso de sus clientes a los comercializadores de referencia correspondientes.*
- *La adopción de un acuerdo para el traspaso masivo de clientes desde la sociedad inhabilitada ZERO ELECTRUM S.L. a la sociedad CATGAS S.A. y la ejecución del mismo mediante acuerdos de traspaso y subrogación de contratos de suministro suscritos entre los días el 16 y 26 de abril de 2016 utilizando procedimientos en los que no se ha respetado el derecho del consumidor a la libre elección de suministrador.*

Tales comportamientos se precalificaban en el acuerdo de incoación como posiblemente constitutivos de una o varias infracciones graves de las tipificadas en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, relativo al “...incumplimiento de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables”.

El acuerdo de incoación fue notificado a las sociedades interesadas en fechas de 29 de marzo de 2017 (Catgas Energía) y 31 de marzo de 2017 (Comercializadora Zero Electrum), confiriendo a las mismas un plazo de 15 días para formular alegaciones, así como para presentar los documentos e informaciones que estimaran pertinentes, y en su caso, la proposición y práctica de prueba.

SÉPTIMO.- Solicitudes de ampliaciones de plazo.

Las dos sociedades imputadas (Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía) solicitaron, en fechas respectivas 12 de abril y 13 de abril de 2017, ampliación del plazo conferido para formular alegaciones y presentar documentación, al amparo de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; ampliación que fue concedida, mediante acuerdos de fecha 19 de abril de 2017.

OCTAVO.- Alegaciones de Catgas Energía.

Con fecha 19 de abril de 2017 tuvo entrada a través del registro telemático de la CNMC escrito de alegaciones, de fecha 19 de abril de 2017, de la sociedad Catgas Energía en el que se manifiesta lo siguiente:

- Como alegación PRIMERA, hace referencia a la Orden IET/530/2016, de 7 de abril, por la que se inhabilitaba a Comercializadora Zero Electrum para comercializar energía eléctrica, de la que transcribe parcialmente los apartados primero, cuarto, quinto y octavo, y concluye esta alegación con la afirmación de que, si los consumidores de energía afectados por dicha Orden no procedían a formalizar un contrato de suministro de energía con otra comercializadora en un plazo de tiempo determinado, se entendería que automáticamente consentirían en obligarse con el comercializador de referencia que les correspondiera.
- Como alegación SEGUNDA, hace referencia al antecedente segundo del Acuerdo de incoación en el que se indica que de un total de 455 consumidores que eran clientes de Comercializadora Zero Electrum en fecha 14 de abril de 2016, 291 habían pasado a ser clientes de Catgas Energía al finalizar el plazo de un mes previsto en la Orden IET/530/2016 para formalizar un contrato de suministro de energía con una nueva comercializadora. En relación con dichos 291 clientes, afirma Catgas Energía que fue ofrecida por esta sociedad la información requerida por la CNMC que consta en los antecedentes cuarto y quinto del Acuerdo de incoación. Concluye esta alegación afirmando que, según se expondrá en siguientes apartados, tanto Catgas Energía como Comercializadora Zero Electrum actuaron de conformidad a la legalidad vigente y con lo dispuesto por la Orden IET/530/2016.
- Como alegación TERCERA, y en relación con el alegado cumplimiento por parte de ambas sociedades de la legalidad vigente en cuanto a protección del consumidor, tras mencionar el antecedente sexto del Acuerdo de incoación, y tras citar el texto del artículo 65.25 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, afirma que Comercializadora Zero Electrum cumplió con lo acordado por la Orden IET/530/2016 en su apartado octavo, punto 2, consistente en que, en el plazo máximo de 5 días hábiles desde la publicación de la Orden en el BOE, informara a los clientes afectados de la extinción de su habilitación como comercializadora y del traspaso de sus clientes a una comercializadora de referencia mediante el envío de un escrito de acuerdo al modelo incluido en el anexo II de la Orden. A continuación, transcribe el texto de dicho modelo de comunicación, y adjunta, como *documento numero uno*, la comunicación que, afirma, remitió Comercializadora Zero Electrum a sus clientes, y que dice es idéntica al modelo de la Orden. Prosigue indicando que Comercializadora Zero Electrum remitió dichas comunicaciones a sus clientes en forma mayoritaria por correo ordinario, y también, de forma minoritaria, bien a través de correo electrónico, bien por carta certificada. Recuerda, al respecto que el apartado octavo, punto 2, de la Orden IET/530/2016 no especificaba la forma en que debía remitirse dicha comunicación, y solicita a la CNMC que tenga en cuenta la circunstancia del relativamente elevado coste de remitir cartas certificadas a todos sus clientes, en un momento en que la empresa, ya inhabilitaba, tenía perspectiva de beneficios nulos y pendientes los gastos aparejados al cierre y al pago de deudas pendientes, entre ellas, a empleados, por lo que se optó por efectuar la mayoría de las

comunicaciones por correo ordinario, y, en menor medida, por correo certificado y por *e-mail*.

A título de ejemplo, prosigue, adjunta, como *documento numero dos*, un listado de envíos remitidos por correo certificado el 22 de abril de 2016 que afirma contenían las comunicaciones previstas en la Orden, si bien Comercializadora Zero Electrum no guardó copia de las cartas, ya que no había sido requerida para ello. Como *documento numero tres* adjunta diversos correos electrónicos remitidos a varios clientes, a los que dice se adjuntaba la comunicación conforme al modelo de la Orden. Prosigue indicando que, a resultas de tales comunicaciones hubo clientes que decidieron contratar con otra comercializadora, y adjunta, a título de ejemplo, como *documento numero cuatro*, la comunicación del cliente [---] en la que éste manifiesta su opción por otra comercializadora. Como *documento numero cinco* adjunta un grupo de comunicaciones enviadas por [EMRESA DISTRIBUIDORA] a Comercializadora Zero Electrum en las que se informaba de que diversos clientes, que habían sido de Comercializadora Zero Electrum, habían pasado a operar con otra comercializadora. Afirma pues, que no se vulneró el derecho de los clientes a optar por una comercializadora u otra, y que Comercializadora Zero Electrum no ha efectuado una cesión de los contratos de suministro.

Dentro de la mencionada alegación tercera, y como apartado B) de la misma, se hace referencia a la operativa seguida por Comercializadora Zero Electrum para captar clientes y comunicarse con los mismos, indicando que los clientes fueron contactados por diversas empresas colaboradoras, y que, de la misma forma, cuando se dictó la Orden IET/530/2016, también fueron dichas consultorías las que se encargaron de gestionar el traspaso de los clientes a otras empresas comercializadoras. Prosigue señalando que tales empresas no trabajaron en exclusiva para Comercializadora Zero Electrum, ni tenían instrucción alguna de ésta en relación a la comercializadora a la que debieran traspasar los clientes en el momento de su cese de actividad. Lo que hizo Comercializadora Zero Electrum es informar a dichas empresas intermediarias respecto de los precios que habían venido pagando sus clientes a fin de que pudieran encontrar comercializadoras que les ofrecieran similares condiciones. Comercializadora Zero Electrum no negoció con nadie, y menos con Catgas Energía. Fueron las empresas colaboradoras las que se encargaron de gestionar el traspaso a otras comercializadoras, y ello al objeto de no perder sus propias carteras de clientes ni perjudicar a éstos en el caso de que pasaran a ser suministrados por un comercializadora de referencia. Prueba de la libertad de elección que tuvieron los clientes, es que no todos contrataron con Catgas Energía, sino que prefirieron hacerlo con terceras empresas. El que un número elevado de clientes decidieran contratar con Catgas Energía no se debe a una práctica que atente contra sus derechos, sino al hecho de que esta empresa les ofreció las mismas condiciones de precios y servicios que respetaban los ofrecidos en su momento por Comercializadora Zero Electrum y eran atractivos para dichos clientes.

Prosigue indicando que la mayoría de clientes de Comercializadora Zero Electrum habían contratado con ésta menos de un año antes de que se declarase su cese de actividad, por lo que no es raro entender que los mismos se conformaran sencillamente con poder contratar con otra empresa que les mantuviera las mismas condiciones. Insiste en que estos clientes en ningún caso se encontraron

con una política de hechos consumados, sino que siempre pudieron elegir, y buena prueba de ello es que 150 contrataron con otra comercializadora, y no con Catgas Energía. Como *documento número seis* adjunta ejemplos de acuerdos de traspaso de clientes firmados no solo por Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía, sino también por el cliente en cuestión, prueba de que dichos clientes tenían la potestad de decidir si contrataban o no con y Catgas Energía. Argumenta que si se tratase de una cesión de contrato de suministro, el cliente final únicamente habría sido notificado de la cesión y no habría llegado a ningún tipo de acuerdo en que, en expresión de su libre voluntad, estableciera su conformidad a la contratación con Catgas Energía. Por ello considera que no se ha cometido la infracción imputada.

- Como alegación CUARTA, solicita que, para el caso de que se considerase cometida la infracción, se tenga en cuenta lo establecido en el artículo 67.3 (sobre imposición de la multa en el grado inferior)) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y aporta como *documentos números siete y ocho* las cuentas anuales del ejercicio 2015 de la sociedad Catgas Energía y memoria de PYMES. Asimismo, hace referencia a las circunstancias previstas en el artículo 67.4 de la mencionada Ley 24/2013, para señalar que no concurre ninguna de las mismas.

Catgas Energía concluye solicitando el archivo del expediente.

Finalmente, mediante *OTROS/* propone como prueba *I Documental* la unión al expediente de los documentos acompañados al escrito de alegaciones; como *II Más Documental 1* solicita se oficie a los antiguos clientes que aparecen en el listado acompañado como *documento dos*, a fin de que manifiesten si efectivamente recibieron la carta cuyo texto se acompaña como *documento uno*; como *III Más Documental 2* solicita se oficie a los antiguos clientes de Comercializadora Zero Electrum que aparecen en los correos electrónicos acompañados como *documento tres*, a fin de que manifiesten si efectivamente recibieron la carta cuyo texto se acompaña como *documento uno*.

NOVENO.- Alegaciones de Comercializadora Zero Electrum.

Con fecha 20 de abril de 2017 tuvo entrada a través del registro telemático de la CNMC escrito de alegaciones, de fecha 19 de abril de 2017, de la sociedad Comercializadora Zero Electrum en el que se contienen idénticas alegaciones a las reflejadas en el escrito de Catgas Energía; se aportan los mismos documentos con idéntica numeración y se formula idéntica solicitud de archivo de expediente e idéntica proposición de prueba mediante otrosí, con referencia a los mismos documentos y contenido probatorio que el contenido en el escrito de la sociedad Catgas Energía.

DÉCIMO.- Comunicación remitida por Comercializadora Zero Electrum.

El 18 de enero de 2018, Comercializadora Zero Electrum, en el marco del procedimiento sancionador en tramitación, notificó su cambio de domicilio.

DÉCIMO PRIMERO.- Acuerdo relativo a las pruebas solicitadas.

A la vista de las alegaciones formuladas y a la vista de los documentos aportados por las sociedades imputadas, todos los cuales fueron unidos al expediente administrativo, el Director de Energía, mediante acuerdo de 5 de abril de 2018, acordó denegar la práctica de las pruebas identificadas como “II Más documental 1” y “III Más documental 2”, consistentes en la remisión de oficios a un número total de 195 clientes a fin de que manifestasen si efectivamente recibieron la carta aportada como *documento uno*. El Director de Energía, según se expone en dicho acuerdo, tiene por ciertos los hechos para cuya acreditación se proponen las pruebas, por lo que, siendo manifiestamente innecesaria la práctica de tales pruebas, denegó las mismas en los términos previstos por el artículo 77.3 de la ley 39/2015, notificándose dicho acuerdo a ambas sociedades.

DÉCIMO SEGUNDO.- Incorporación de información.

Mediante diligencia de 19 de abril de 2018 fue incorporada al expediente administrativo la relación de suministros para los cuales ha sido aportada por una o ambas de las empresas imputadas el documento consistente en *Acuerdo de traspaso de suministro entre Zero Electrum y Catgas*, y en el que figura como fecha de dicho acuerdo una fecha comprendida entre el 18 de abril de 2016 y 21 de abril de 2016. Dicha relación, de elaboración propia de la CNMC, refleja en un listado único los datos extraídos de los documentos que fueron remitidos a la CNMC por Catgas Energía en fechas 1 de julio de 2016 y 16 de agosto de 2016, atendiendo a sendos requerimientos de este organismo. En el listado adjunto a la diligencia de 19 de abril de 2018 figuran 161 CUPS (en los que la fecha de acuerdo de traspaso está comprendida entre los días 18 y 21 de abril, ambos inclusive, de 2016).

Asimismo, mediante diligencia de 23 de abril de 2018 fueron incorporadas al expediente administrativo notas expedidas el 19 de abril de 2018 por los Registros Mercantiles de Girona y Barcelona, relativos a las cuentas anuales depositadas respectivamente por las sociedades Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía.

DÉCIMO TERCERO.- Propuesta de Resolución.

El 11 de mayo de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador. Por medio de la misma, propuso adoptar el siguiente acuerdo:

“ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que las sociedades COMERCIALIZADORA ZERO ELECTRUM S.L. y CATGAS ENERGIA S.A. son responsable de una infracción grave del artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su incumplimiento de las medidas de protección a los consumidores, con ocasión de la inhabilitación como comercializadora de energía eléctrica de ZERO ELECTRUM S.L.

SEGUNDO. Imponga a la sociedad COMERCIALIZADORA ZERO ELECTRUM S.L. una multa de 940.000 euros, y a la sociedad CATGAS ENERGIA S.A. una multa de 330.000 euros, por aplicación, en ambos casos, del límite establecido en artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Catgas Energía el 23 de mayo de 2018 y a Comercializadora Zero Electrum el 24 de mayo de 2018.

En la notificación de la Propuesta de Resolución se confería a las empresas imputadas trámite para presentar alegaciones y los documentos e informaciones que estimasen pertinentes.

DÉCIMO CUARTO.- Alegaciones de Catgas Energía relativas a la Propuesta de Resolución.

Tras acceder al expediente administrativo en fecha 5 de junio de 2018, Catgas Energía ha presentado, en fecha 13 de junio de 2018, alegaciones a la Propuesta de Resolución.

Por medio de este escrito de alegaciones, Catgas Energía manifiesta, esencialmente, lo siguiente:

- Que en la Propuesta de Resolución se incurre en confusión en relación con el término “traspaso”, ya que éste no supone una transferencia de clientes de Comercializadora Zero Electrum a Catgas Energía que haya sido hecha sin el consentimiento del cliente. Éste ha dado su consentimiento, y el término “traspaso” que en su día se empleó sólo pretende explicar que hay subrogación en las condiciones contractuales.
- Que los 111 puntos de suministro que la Propuesta de Resolución identifica como casos en que el contrato se traspasa a Catgas Energía antes del envío de la comunicación prevista en la Orden de inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum se corresponden, en realidad, con 51 clientes, pues varios de ellos tienen una pluralidad de puntos de suministro.
- Que, en realidad, todos los clientes de Comercializadora Zero Electrum recibieron la notificación antes del traspaso, y que la fecha del traspaso que figura en el documento suscrito es errónea (pues no se habría adaptado el modelo de acuerdo que fue redactado a la fecha concreta de firma).
- Que no puede haber infracción de las medidas de protección del consumidor, cuando dichas medidas se orientan a que el consumidor pueda escoger libremente, y éste así lo hizo en relación con el suministro a través de Catgas Energía.
- Que la conducta imputada carece de gravedad, y, en último término, debería ser calificada como leve.

- Que, a los efectos de establecer la cuantía máxima de la sanción, la cifra de negocios que se habría de considerar para Comercializadora Zero Electrum debería ser la de 2016 y no la de 2015.

Al amparo de estas alegaciones, Catgas Energía solicita a la CNMC lo siguiente: *“Que tengan por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan y por realizadas las presentes alegaciones en tiempo y forma y tras los trámites oportunos se dicte una resolución acordando el archivo del presente expediente sancionador, sin imposición de sanción alguna. Subsidiariamente, que se aplique una reducción a la sanción propuesta conforme a las alegaciones presentadas.”*

A su escrito de alegaciones Catgas Energía adjunta la siguiente documentación:

- Certificados de determinados clientes de Catgas Energía en los que los mismos indican que, previamente a la comunicación escrita de Comercializadora Zero Electrum, recibieron información verbal sobre la inhabilitación de ésta y sus opciones de contratación.
- Certificados expedidos por dos asesores energéticos acerca de la información que dieron a los antiguos clientes de Comercializadora Zero Electrum sobre sus opciones de contratación.
- Listado de altas de clientes comunicados a la empresa distribuidora ([---]). En relación con este listado, Catgas Energía solicita que se requiera a [EMPRESA DISTRIBUIDORA] para que certifique las fechas en las que Catgas Energía realizó la solicitud de cambio de comercializador.
- Informe técnico efectuado por la consultora [EMPRESA DE CONSULTORÍA] en el que se valoran las condiciones comerciales de subrogación ofrecidas por Catgas Energía a los clientes de Comercializadora Zero Electrum.

DÉCIMO QUINTO.- Alegaciones de Comercializadora Zero Electrum relativas a la Propuesta de Resolución.

En fecha 13 de junio de 2018, Comercializadora Zero Electrum ha presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución, que resultan coincidentes con las presentadas por Catgas Energía.

DÉCIMO SEXTO.- Elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

El Director de Energía de la CNMC ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

DÉCIMO 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 informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Con ocasión de la publicación de la Orden IET/530/2016, de 7 de abril, por la que se inhabilitó a la sociedad Comercializadora Zero Electrum S.L. para el ejercicio de la actividad de comercializador de energía eléctrica y se acordó el traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia, dicha sociedad procedió, de común acuerdo con la sociedad Catgas Energía S.A, a traspasar a sus clientes de forma masiva a ésta última sociedad.

Con ocasión de la publicación en el BOE de 14 de abril de 2016 de la Orden IET/530/2016, de 7 de abril, Comercializadora Zero Electrum procedió, de común acuerdo con la sociedad Catgas Energía, a traspasar a sus clientes de forma masiva a ésta última sociedad, formalizándose, en concreto, el traspaso mediante un documento denominado *“Acuerdo de traspaso del contrato de suministro de energía eléctrica entre el cliente y las comercializadoras ZERO ELECTRUM S.L. y CATGAS ENERGIA S.A.”*, cuyo modelo y tenor literal es el siguiente:

“En Barcelona a fecha 18 de abril de 2016

Por medio de la presente, la comercializadora CATGAS ENERGIA S.A, con NIF A61293387 y domicilio en Av. Genralitat,5 Planta3, 08922 Santa Coloma de Gramanet (Barcelona), se compromete a mantener los términos y condiciones del contrato suscrito con la comercializadora ZERO ELECTRUM para los CUPS:

(identificación del CUPS y fecha de inicio y fin del contrato)

Con la firma de este acuerdo entre las tres partes, el cliente (nombre del cliente) con CIF(número) acepta que la comercializadora CATGAS ENERGIA S.A. se subrogue a todos los efectos en la posición jurídica de ZERO ELECTRUM S.L. en el Contrato.

Y para que así conste, y como prueba de que lo expuesto es expresión de nuestra libre voluntad, firmamos el presente n el lugar y fecha de encabezamiento en triplicado ejemplar.

(nombre de cliente, NIF y dirección) (ZERO ELECTRUM S.L.) (CATGAS ENERGIA S.A.)”

Este traspaso afectó a unas dos terceras partes de los puntos de suministro de Comercializadora Zero Electrum. En concreto, del total de 455 puntos de suministro que estaban contratados con Comercializadora Zero Electrum en el momento de publicarse la orden de inhabilitación (el 14 de abril de 2016), a la

fecha 14 de mayo de 2016 (un mes después, que es la fecha de efectos de la inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum y de traspaso de sus clientes a un comercializadora de referencia) habían pasado a Catgas Energía 291 de ellos, según resulta de la información aportada a la CNMC por las sociedades distribuidoras, y, de forma particular, de la información aportada por Catgas Energía durante el período de información previa.

Específicamente, en los folios 23 a 130, 141 a 151, 171 a 175, 181, 199, 203, 204 y 370 a 382 del expediente administrativo obran los distintos ejemplares del *“ACUERDO DE TRASPASO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA ENTRE EL CLIENTE [NOMBRE] Y LAS COMERCIALIZADORAS ZERO ELECTRUM S.L. Y CATGAS ENERGÍA S.A.”*.

Conforme a estos acuerdos, se observa que, respecto de 161 puntos de suministro, el traspaso a Catgas Energía aparece contratado antes del día 22 de abril de 2016. De esos 161 puntos de suministro, para 101 de ellos el contrato de traspaso figura suscrito el día 18 de abril de 2016 (es decir, el tercer día hábil a partir de la publicación en el BOE de la orden de inhabilitación).

Finalmente, en línea con los hechos expuestos, cabe destacar que, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, tanto Catgas Energía (ver folio 779 del expediente administrativo) como Comercializadora Zero Electrum (ver folio 831 del expediente administrativo) reconocen las cifras indicadas, afirmando lo siguiente: *“En primer lugar, debemos tener en cuenta que la cifra de clientes que contrataron con CATGAS es de 291 frente a un total de 455. Es cierto que eso supone más de la mitad de los clientes (en concreto un 63%), pero en absoluto supone una cifra masiva, porque más del 35% de los clientes de ZERO ELECTRUM contrataron con otras comercializadoras.”*

SEGUNDO.- El proceso de traspaso se ejecutó vulnerando las medidas de protección del consumidor establecidas por la Orden IET/530/2016, de 7 de abril, en la medida en que la eficacia de la comunicación informativa prevista en dicha Orden quedó desvirtuada por las actuaciones seguidas por Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía a los efectos de realizar la mencionada operación de traspaso.

La Orden IET/530/2016 había establecido la obligatoriedad de Comercializadora de Zero Electrum de efectuar, en 5 días hábiles desde la publicación de la Orden, la comunicación informativa a los consumidores recogida en el anexo II. De un modo esencial, esa comunicación preveía informar sobre los siguientes aspectos:

- Que Comercializadora de Zero Electrum quedaba inhabilitada por incumplimiento de la normativa.
- Que, en garantía del suministro, pasado un mes (en el que la inhabilitación aún no surtiría efecto), sus clientes pasarían a ser suministrados por el comercializador de referencia.

- Que el cliente disponía del plazo de ese mes para, si no deseaba ser suministrado por el comercializador de referencia, escoger el suministro con el comercializador que estimase oportuno, pudiendo consultar la identidad de éstos en el listado publicado por la CNMC.

Tal y como se indicó en la Propuesta de Resolución, esta comunicación se remitió por Comercializadora Zero Electrum -para 191 suministros (de los 291 que se traspasaron a Catgas Energía)- mediante escrito presentado en las oficinas de Correos y Telégrafos el 22 de abril de 2016 (ver folios 329 a 337 del expediente administrativo, y, con contenido coincidente, folios 437 a 445), fecha con anterioridad a la cual ya aparecen suscritos traspasos en favor de Catgas Energía para 111 de esos suministros (ver relación de suministros que figura en los folios 611 a 617 del expediente ²).

Las alegaciones de Catgas Energía y de Comercializadora Zero Electrum, efectuadas con respecto a la Propuesta de Resolución, acerca de que los agentes de consultoría que actúan como asesores energéticos informaron previamente, de una forma verbal, a los titulares de esos suministros no desvirtúan el hecho expuesto, ya que lo que la Orden IET/530/2016 exigía era la remisión de una comunicación escrita, en la que habían de figurar los aspectos antes mencionados; comunicación escrita cuya eficacia, sin embargo, quedó desvirtuada por la operación de transferencia de clientes organizada por Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía.

Es más, en varios de los certificados de clientes y en los de los asesores energéticos (que se presentan por las imputadas junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución) se refleja claramente que la subrogación de Catgas Energía en el contrato de suministro (al margen de cuándo quedara la misma formalizada en el documento de traspaso) estaba ya planteada a los clientes con carácter previo al envío de la comunicación informativa indicada en la Orden:

- Certificados de varios clientes: *“Por medio de la presente y en mi calidad de administrador de la empresa ---, informo que en primer lugar fui informado por parte del asesor energético, el Sr. [---], que la empresa Comercializadora Zero Electrum iba a dejar de prestar servicios porque había sido inhabilitada por la CNMC y no podría continuar, así que nuestro comercial nos habló de diferentes*

² Esta relación resulta del contraste entre, de un aparte, los datos contenidos en los contratos y documentos de traspaso aportados por los imputados y, de otra parte, los envíos mediante correo certificado de 22 de abril de 2016. En concreto, tras confrontarse la relación de envíos por correo certificado de 22 de abril con la relación de los acuerdos de cesión suscritos en fechas comprendidas entre 18 y 21 de abril de 2016 resultan un total de coincidencias que acreditan que para un número de, al menos, 111 CUPS –al margen de que vaya puntos de suministro para los que el consumidor titular sea el mismo- figura formalizado el traspaso entre ambas empresas comercializadoras en una fecha anterior a la fecha en que se remitió por Comercializadora Zero Electrum al consumidor afectado la comunicación preceptiva.

posibilidades pero nos recomendó a Catgas porque ofrecían un buen servicio y porque las condiciones económicas que ofrecían eran las mismas que habíamos tenido hasta ese momento.

También decirles que después de recibir verbalmente la información del comercial, recibimos una comunicación por escrito de Zero Electrum...”
(Folios 868 a 872, folio 874 y folio 879 del expediente administrativo)

- Certificados de los dos asesores energéticos:

“Lo que hice para poder hacer el traspaso de mis clientes de Zero Electrum a Catgas Energía fue, antes que nada, llamar por teléfono a todos, uno por uno, y explicar el problema que había en Zero Electrum en ese momento, que cerraba.

Fui a visitarlos y proponerles Catgas Energía porque en ese momento era mejor comercializadora que otros, ya que los ofrecía las mismas condiciones y precios que tenían con Zero Electrum y, si bien se podían ir con otra comercializadora dadas las circunstancias, por la confianza y amistad que tenían conmigo, la mayoría de mis clientes aceptaron el cambio.

Además, desde Zero Electrum se preparó un escrito que informaba a los clientes de la situación y de que si querían hacer el cambio que les propuse, tenían que firmar el documento que nos permitiría gestionar este cambio de comercializadora.

(...)”

(Certificado de D. ---; folio 884 del expediente administrativo)

“Cuando me enteré que la comercializadora Zero Electrum cerraba por inhabilitación por la CNMC, fui a proponer pasar a la comercializadora Catgas Energía, por lo que me puse en contacto con ellos explicándoles el problema.

Quedamos para encontrarnos y explicarlos en detalle, porque la oferta que presentaba la comercializadora Catgas Energía era la más adecuada, ya que ofrecía las mismas condiciones y precios que tenían con Zero Electrum.

Analizamos otras propuestas de mercado, porque tomaran la decisión que creyeran más oportuno, pero por la relación de hace tiempo en cada una de ellas, la mayoría de mis clientes aceptaron el cambio

Zero Electrum preparó un escrito que informaba a los clientes de la situación y de que si querían hacer el cambio que les propuse tenían que firmar el documento que nos permitiría gestionar este cambio de comercializadora.

(...)”

(Certificado de D. ---; folio 885 del expediente administrativo)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en el incumplimiento de las medidas de protección al consumidor (incumplimiento tipificado en el artículo 65.25 de la mencionada 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

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

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

III.1. El incumplimiento de las medidas de protección del consumidor.

El artículo 65.25 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico tipifica entre las infracciones graves la siguiente:

“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables.”

Entre las medidas de protección al consumidor se incluyen todas aquellas relativas a su derecho a elegir suministrador y a recibir información transparente sobre las condiciones de suministro (derechos establecidos en el artículo 44.1, letras c) y j), de la Ley 24/2013).

La protección de estos derechos del consumidor, así como de su derecho a la continuidad del suministro, adquiere especial relevancia en supuestos en que, como ha sucedido en el presente caso, la sociedad comercializadora con la que voluntariamente han contratado el suministro de energía eléctrica resulta

ser objeto de inhabilitación por incumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica.

III.2. Las previsiones contenidas en la Orden IET/530/2016.

Al objeto de asegurar los derechos de elección de comercializador del consumidor con ocasión de la inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum, la Orden IET/530/2016 estableció las medidas correspondientes, y entre ellas, como especialmente relevante, la obligación de dicha sociedad comercializadora de remitir a sus consumidores, en plazo de 5 días hábiles desde la publicación de la Orden, una comunicación individual.

Así lo preveía el apartado octavo.2 de la Orden: *“En el plazo máximo de 5 días hábiles desde la publicación de la presente orden en el «Boletín Oficial del Estado», la comercializadora saliente Comercializadora Zero Electrum, SL, deberá informar a los clientes afectados de la extinción de su habilitación como comercializadora y del traspaso de sus clientes a una comercializadora de referencia, mediante el envío de un escrito de acuerdo al modelo incluido en el anexo II de la presente orden.”*

El contenido de esta comunicación informativa, recogida en el anexo II de la Orden, es el siguiente:

“Comunicación de Comercializadora Zero Electrum, SL, a los clientes afectados por su inhabilitación y traspaso a una comercializadora de referencia

La Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, de «fecha de la orden», ha determinado el traspaso de los clientes de Comercializadora Zero Electrum, SL, a la comercializadora de referencia que le corresponde de acuerdo a la normativa de aplicación. Por este motivo procede informarle de lo siguiente:

1. Comercializadora Zero Electrum, SL, no puede ejercer la actividad de comercialización de energía eléctrica al haber sido inhabilitada para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica por incumplimiento de la normativa en vigor.

2. Al objeto de garantizar que usted continúa siendo suministrado, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, pasará a tener contratado su suministro con una comercializadora de referencia a partir de «fecha» en las mismas condiciones técnicas que las estipuladas en el contrato anterior suscrito con Comercializadora Zero Electrum, SL.

El precio que le aplicará será el correspondiente al precio voluntario para el pequeño consumidor (PVPC), si tiene derecho a acogerse a él, o, en caso contrario, la tarifa de último recurso que es de aplicación a los clientes que sin tener derecho al PVPC transitoriamente carecen de un contrato en mercado libre, según lo dispuesto en el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

3. Dicha comercializadora de referencia le comunicará los trámites a realizar para formalizar la nueva contratación.

4. En caso de que no desee ser suministrado por esa comercializadora de referencia, usted deberá, en el plazo de un mes desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la mencionada orden ministerial, es decir, con anterioridad a «fecha», contratar el suministro con cualquier empresa comercializadora a un precio libremente pactado. Asimismo, si tiene usted derecho a acogerse al PVPC podrá optar por otra comercializadora de referencia que le aplique el PVPC o el precio fijo anual. Para su información puede consultar los listados de comercializadores de energía eléctrica y de comercializadoras de referencia que se encuentran disponibles en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (<http://www.cnmc.es>).

Transcurrido dicho plazo podrá, en cualquier momento, contratar su suministro en mercado libre o, si tiene usted derecho a acogerse al PVPC, contratar con otra comercializadora de referencia el PVPC o el precio fijo anual. Entre tanto, seguirá siendo suministrado por la comercializadora de referencia al precio señalado en el apartado 2 del presente comunicado.”

El análisis del texto transcrito pone de manifiesto que el mismo, lejos de ser una mera formalidad, ofrece toda la información relevante que el consumidor necesita para poder ejercer libremente su derecho a elegir nuevo suministrador y a hacerlo contando con la posibilidad de comparar previamente cualquier posible oferta de contrato. En particular, se destaca que en el contenido informativo del anexo II figuran las siguientes menciones:

- Información de que la comercializadora saliente ha sido inhabilitada y de que ello ha sido por incumplimiento de la normativa en vigor.
- Información de que existe una comercializadora de referencia que está obligada a garantizar el mantenimiento de las condiciones técnicas del contrato existente, y de la garantía de precio para dicho contrato (PVPC, o tarifa de último recurso para consumidores transitoriamente sin contrato).
- Información de que el consumidor dispone del plazo de un mes, y de una lista completa de comercializadores a través de la página web de la CNMC, para poder solicitar ofertas diferentes y poder comparar el contenido de las mismas entre sí y con la opción de mantenerse en la comercializadora de referencia, a fin de elegir finalmente la alternativa que le resulte más adecuada.

Es evidente que la eficacia de tales garantías está condicionada a que la comunicación informativa a los consumidores se efectúe de forma inmediata tras la inhabilitación, tal como establece la Orden.

Pues bien, es el contenido material de dichas garantías el que ha resultado lesionado en el presente caso y constituye el ilícito administrativo sancionable, a tenor de los hechos probados, según se argumenta a continuación.

III.3. La actuación seguida por Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía.

Afirman las sociedades imputadas que Comercializadora Zero Electrum cumplió con lo establecido en el apartado octavo.2 de la Orden de inhabilitación, y que remitió el modelo de comunicación previsto en la Orden dentro del plazo de 5 días hábiles establecido en la misma.

Sin embargo, la fecha de 22 de abril de 2016 (en que se presentan en las oficinas de Correos y Telégrafos las comunicaciones de los clientes) implica que, cuando se enviaron tales comunicaciones, habían transcurrido 7 días hábiles desde el 14 de abril de 2016 en que se publicó en el BOE la Orden de inhabilitación.

Adicionalmente, no se trata sólo de que para 111 puntos de suministro el contrato aparezca firmado en fecha anterior al envío de la comunicación; toda la documentación aportada evidencia el *modus operandi* de las dos sociedades comercializadoras: Obviando las medidas de protección al consumidor establecidas en la Orden de inhabilitación y el contenido garantista de las mismas, se ha procurado asegurar el traspaso a Catgas Energía de los clientes de la inhabilitada Comercializadora Zero Electrum, y ello en el más breve plazo posible, mediante unos acuerdos de traspaso previamente pactados entre ambas sociedades. El hecho de que más tarde se haya dado cumplimiento tardío y meramente formal a la obligación de información al consumidor remitiendo al mismo el modelo reglamentario de comunicación, no excluye la infracción ya que, como se he dicho, la comunicación tardía, y posterior al traspaso (o a las acciones tendentes al aseguramiento del traspaso), hace ineficaz el contenido garantista de dicha comunicación.

Los acuerdos de traspaso revelan que Catgas Energía conocía previamente a la fecha de cada acuerdo, para cada punto de suministro, las condiciones contractuales y fechas de inicio y fin de cada uno de los contratos de suministro identificados por su CUPS, puesto que acepta subrogarse en ellas. La firma de ambas sociedades comercializadoras, Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía, evidencia un acuerdo de voluntades sobre el mantenimiento de las condiciones contractuales de los suministros y sobre la subrogación de la comercializadora entrante en la posición jurídica de la comercializadora saliente (acuerdo que no ha podido producirse sin contactos y negociaciones previas). Ambas empresas ejecutaron un plan para el traspaso masivo de clientes desde la comercializadora inhabilitada a Catgas Energía, en el plazo más breve posible desde la inhabilitación de la primera de ellas, y abarcando el mayor número posible de clientes, desvirtuando para esos consumidores la remisión de la comunicación informativa prevista en la Orden de inhabilitación.

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

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

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.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 dispone que “*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*”.

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 Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía.

Tal y como se ha indicado, ha existido un acuerdo entre Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía para el traspaso a esta última de los clientes de aquella, en el mayor número posible de puntos de suministro, y en el más breve plazo de tiempo posible. Ese proceso ha producido la vulneración de las medidas de protección al consumidor, establecidas como garantías de información al cliente acerca de sus opciones ante la inhabilitación de su empresa suministradora.

Ello constituye un comportamiento voluntario y consciente de ambas sociedades, en ejecución de un plan común, de lo que deriva la calificación como dolosa de la conducta desarrollada por parte de ambas sociedades.

Sin perjuicio de que la obligación de comunicación a los clientes establecida en la Orden IET/530/2016 recaiga directamente sobre Comercializadora Zero Electrum (ella es la empresa responsable de su cumplimiento), el traspaso de clientes operado entre ésta y Catgas Energía, en la forma descrita, ha requerido de la colaboración necesaria de ésta última, que, además, resulta ser

la beneficiaria directa del traspaso, por lo que tanto Comercializadora Zero Electrum como Catgas Energía son responsables de la infracción descrita en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico.

A este respecto, para el caso de infracciones cometidas por varias personas, el artículo 28.3 de la Ley 40/2015 dispone que *“cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable”*, lo que habrá de tenerse en cuenta a los efectos de graduar la multa a imponer.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

V.1 Alegaciones presentadas Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía a la Propuesta de Resolución.

Por medio de unos escritos coincidentes, Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía han efectuado, básicamente, las siguientes alegaciones en relación con la Propuesta de Resolución:

- Que en la Propuesta de Resolución se incurre en confusión en relación con el término “traspaso”.
- Que los 111 puntos de suministro que la Propuesta de Resolución identifica como casos en que el contrato se traspasa a Catgas Energía antes del envío de la comunicación prevista en la Orden de inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum se corresponden, en realidad, con 51 clientes.
- Que, en realidad, todos los clientes de Comercializadora Zero Electrum recibieron la notificación antes del traspaso, y que la fecha del traspaso que figura en el documento suscrito es errónea.
- Que no puede haber infracción de las medidas de protección del consumidor, cuando dichas medidas se orientan a que el consumidor pueda escoger libremente, y éste así lo hizo en relación con el suministro a través de Catgas Energía.
- Que la conducta imputada carece de gravedad, y, en último término, debería ser calificada como leve.
- Que, a los efectos de establecer la cuantía máxima de la sanción, la cifra de negocios que se habría de considerar para Comercializadora Zero Electrum debería ser la de 2016 y no la de 2015.

Además, ambas empresas solicitan, a modo de prueba, que se requiera a [EMPRESA DISTRIBUIDORA] para que indique la fecha en que Catgas Energía realizó la solicitud de cambio de suministrador de ciertos clientes.

V.2. Valoración de las alegaciones presentadas.

V.2.1. Valoración general de las alegaciones y de la conducta imputada.

Por medio de sus escritos de alegaciones, Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía defienden que se dio cumplimiento a la Orden IET/530/2016. Defienden que, en todo caso, se ha respetado el consentimiento del cliente, y que no ha habido ningún cambio de comercializador sin consentimiento. También consideran que la comunicación informativa exigida por la Orden ha sido enviada, aportando diversas explicaciones acerca de la ausencia de acreditación del envío en algunos casos (hay 100 de los 291 puntos de suministros que se traspasan a Catgas Energía para los que no se dispone de justificante de Correos sobre el envío de comunicación) y acerca de su precedencia en el tiempo respecto a los acuerdos de traspaso (hay 111 puntos de suministros para los que el acuerdo de traspaso aparece suscrito con anterioridad al envío de la comunicación informativa).

Esta Sala no discute que los cambios de suministrador realizados en favor de Catgas Energía se hayan hecho contando con el consentimiento del cliente. El tipo infractor imputado a Comercializadora Zero Electrum y a Catgas Energía no es el tipo del *incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento de los clientes* (artículos 65.23 y 66.4 de la Ley 24/2013). El incumplimiento imputado es el de las medidas de protección del consumidor (artículo 65.25), establecidas, en lo que respecta a este caso, por la Orden IET/530/2016; medidas que consistían en el envío de una comunicación informativa sobre sus posibilidades de elección ante la inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum.

Pues bien, al respecto del incumplimiento de estas medidas, esta Sala considera que, más allá del debate que pueda hacerse sobre las concretas fechas de los acuerdos de traspaso y de los envíos de comunicaciones, resulta incuestionable que Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía alcanzaron un acuerdo para el traspaso de la cartera de clientes del primero en favor del segundo, y adoptaron, con carácter previo y preferente al envío de la comunicación informativa prescrita en la Orden de inhabilitación, las medidas necesarias para poder poder articular con el cliente ese traspaso.

Es indudable, como se ha indicado en el fundamento de derecho relativo a la tipicidad, que ha existido un acuerdo general entre Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía. Aunque, como indica la Propuesta de Resolución (ver folio 706 del expediente administrativo), se ignore qué contraprestación haya podido percibir Comercializadora Zero Electrum por esta operación, está claro que ambas empresas alcanzaron ese acuerdo, y está claro, además, que ese acuerdo obedeció a sus respectivos intereses comerciales.

No se trata de que, para articular una subrogación contractual hecha en interés de los consumidores, se concertaran ambas comercializadoras para dejar constancia de su consentimiento a esa subrogación. Se trata de que a Comercializadora Zero Electrum le interesaba ceder su cartera de clientes en un contexto en que resultaba inhabilitada (y la iba a perder), y de que a Catgas

Energía le interesaba adquirir esa cartera de clientes de la que iba a ser privado Comercializadora Zero Electrum (la cual iba a quedar a disposición de las ofertas de los diferentes comercializadores del mercado).

Aunque Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía han remitido el correo-electrónico de contestación de algún consumidor que rechaza continuar con Catgas Energía, no han remitido la comunicación que enviaron al mismo por dicho medio. Sin embargo, en esa contestación del consumidor se observa el asunto de esa comunicación enviada por las comercializadoras, y éste es muy llamativo (ver folio 348 del expediente administrativo): *“RE: Renovación contrato adelantado con CATGAS. – ZERO ELECTRUM cede cartera con las mismas condiciones.”*

Aquí aparece reflejada, en sus propios términos, la operación realizada entre las dos empresas comercializadoras: Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía alcanzaron un acuerdo para ceder al segundo la cartera de clientes del primero (que éste iba a perder por virtud de la Orden de inhabilitación). Soslayando las garantías que se establecían para formar un consentimiento informado de los clientes, decidieron sacar provecho de la inhabilitación que acaecía dirigiendo a los consumidores hacia un contrato con Catgas Energía mediante ciertas comunicaciones que se organizaron con prioridad al envío de las comunicaciones informativas contempladas en la Orden. Ello es cierto al margen de cuál fuera el momento en que se suscribieran de forma efectiva los acuerdos de traspaso.

Tanto los clientes, como los asesores energéticos, reconocen que, antes del envío de la comunicación escrita prevista en la Orden, ya se había contactado con los clientes para interesar el cambio en favor de Catgas Energía:

- *“Por medio de la presente y en mi calidad de administrador de la empresa --- , informo que en primer lugar fui informado por parte del asesor energético, el Sr. --- , que la empresa Comercializadora Zero Electrum iba a dejar de prestar servicios porque había sido inhabilitada por la CNMC y no podría continuar, así que nuestro comercial nos habló de diferentes posibilidades pero nos recomendó a Catgas porque ofrecían un buen servicio y porque las condiciones económicas que ofrecían eran las mismas que habíamos tenido hasta ese momento.”*
(Certificados de los clientes; folios 868 a 872, folio 874 y folio 879 del expediente administrativo)
- *“Lo que hice para poder hacer el traspaso de mis clientes de Zero Electrum Catgas Energía fue, antes que nada, llamar por teléfono a todos, uno por uno, y explicar el problema que había en Zero Electrum en ese momento, que cerraba. Fui a visitarlos y proponerles Catgas Energía porque en ese momento era mejor comercializadora que otros, ya que los ofrecía las mismas condiciones y precios que tenían con Zero Electrum y, si bien se podían ir con otra comercializadora dadas las circunstancias, por la confianza y amistad que tenían conmigo, la mayoría de mis clientes aceptaron el cambio.”*
(Certificado del asesor energético D. ---; folio 884 del expediente administrativo)

- *“Cuando me enteré que la comercializadora Zero Electrum cerraba por inhabilitación por la CNMC, fui a proponer pasar a la comercializadora Catgas Energía, por lo que me puse en contacto con ellos explicándoles el problema. Quedamos para encontrarnos y explicarlos en detalle, porque la oferta que presentaba la comercializadora Catgas Energía era la más adecuada, ya que ofrecía las mismas condiciones y precios que tenían con Zero Electrum.”*
(Certificado de la asesor energético D. ---; folio 885 del expediente administrativo)

Evidentemente hay clientes que, aún así, decidieron no continuar con Catgas Energía, y esta empresa respetó su voluntad, pero también está claro que, cuando la comunicación informativa prevista en la Orden IET/530/2016 se envió, su eficacia había quedado ya muy limitada porque, para entonces, la comunicación informativa que se había hecho, en realidad, a los clientes por parte de Comercializadora Zero Electrum y de Catgas Energía era diferente. En particular, en las comunicaciones que Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía llevaron a cabo es evidente que se destacaba a un comercializador de mercado por encima de los demás (Catgas Energía), y se interesaba la contratación con el mismo cuanto antes.

Además, aparte de que, en esas comunicaciones previas al envío de la comunicación oficial, se destacara indiscutiblemente la oferta de Catgas Energía por encima de las otras, el motivo de la inhabilitación de Comercializadora Zero Electrum aparece difuso³, no se refleja el plazo de un mes con el que contaban los consumidores para poder valorar todas sus opciones, y no hay constancia de la referencia al listado de comercializadores alternativos; aspectos, todos ellos, que chocan con el contenido de la comunicación informativa del anexo II de la Orden IET/530/2016.

Son circunstancias que, por otra parte, sólo reflejan un hecho que es obvio: Si el 63,9% de los clientes de Comercializadora Zero Electrum pasaron a Catgas Energía, y ello tuvo lugar con base en un acuerdo entre estas dos empresas al respecto (del que son reflejo los acuerdos tripartitos de traspaso del contrato de suministro que constan en el expediente), está claro que las dos empresas adoptaron las actuaciones que consideraron necesarias para conseguir de los

³ El anexo II de la Orden IET/530/2016 indicaba que *“Comercializadora Zero Electrum, SL, no puede ejercer la actividad de comercialización de energía eléctrica al haber sido inhabilitada para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica por incumplimiento de la normativa en vigor”*.

Si bien en los certificados de los clientes se alude al hecho de la inhabilitación, el motivo de la inhabilitación o no aparece (caso de los clientes a los que se refieren folios 867 a 872, folio 874, folio 877 y folio 879 del expediente administrativo) o aparece de forma confusa –*“el asesor energético de la Empresa, el Sr. ---, nos llamó por teléfono y nos informó que la Comercializadora Zero Electrum **cerraría por problemas** y que habría que buscar un nuevo proveedor”*- (caso de los clientes a los que se refieren los folios 866, 873, 875, 876 y 878).

En cuanto a los certificados de los asesores comerciales, uno (el de D. ---) alude simplemente al hecho de la inhabilitación (folio 885) y el otro (el de D. ---) alude de forma imprecisa a la finalización del negocio de Comercializadora Zero Electrum (*“...y explicar el problema que había con Zero Electrum en aquel momento, **que cerraba**”*).

clientes ese resultado. Que se enviara o no la comunicación de la Orden IET/530/2016 es irrelevante cuando está claro que la información que se remitió preferentemente a los clientes es la que interesaba de ellos ese traspaso a Catgas Energía.

V.2.2. Valoración específica de las alegaciones presentadas.

En los escritos de alegaciones presentados tras la notificación de la Propuesta de Resolución, Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía efectúan consideraciones específicas que se valoran seguidamente:

- *El traspaso a Catgas Energía se ha realizado con el consentimiento del cliente:*

Este hecho no se discute. La imputación, como se ha dicho, no es por falta del requisito del consentimiento para contratar con el cliente, sino por la infracción de la obligación de remitir la comunicación informativa prevista en la Orden IET/530/2016. Si bien, desde un punto de vista formal, dicha comunicación se remite para la mayoría de los puntos de suministro, su eficacia material se ve desvirtuada por las propias acciones de comunicación con los clientes que llevan a cabo los imputados (y que realizan con carácter preferente al envío formal de esa comunicación).

- *Hay varios puntos de suministro que se corresponden con un mismo cliente:*

Este hecho tampoco se discute. En cualquier caso, es irrelevante para las consideraciones que se han realizado: Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía llevaron a cabo las actuaciones que consideraron necesarias para tratar de conseguir que los diferentes puntos de suministro comercializados por el primero se traspasaran en favor del segundo.

- *La fecha que figura en los acuerdos del traspaso es errónea:*

Este dato también es irrelevante. Al margen de cuál sea la fecha efectiva de traspaso a Catgas Energía, está claro que la comunicación informativa que se había de remitir por Comercializadora Zero Electrum había sido ya, con carácter previo a su remisión, desvirtuada por las actuaciones para la captación de clientes en favor de Catgas Energía desarrolladas de común acuerdo entre Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía (y que implicaban informar a los clientes -con carácter preferente al envío de la comunicación informativa de que se trataba- acerca de la conveniencia de contratar con Catgas Energía).

En línea con estas consideraciones puede comprenderse que la prueba propuesta por Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía –en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución- haya de rechazarse, como luego se argumentará, al resultar irrelevante el momento en que –respecto de los

concretos CUPS que indican estas empresas- se solicitara el cambio a la empresa distribuidora.

- *Los agentes comerciales actuaron como intermediarios en la contratación en favor de Catgas Energía:*

Las sociedades imputadas presentan a los agentes comerciales que trataban con los clientes como unos intermediarios independientes a las mismas.

Sin embargo, está claro que éstos trasladaban a los clientes un acuerdo previo entre Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía.

En la comunicación de [EMPRESA INTERMEDIARIA] se alude, así, a las dos empresas: *“Renovación contrato adelantado con CATGAS – ZERO ELECTRUM cede cartera con las mismas condiciones”* (ver folio 348 del expediente administrativo). Hay que señalar, además, que [EMPRESA INTERMEDIARIA] es una empresa de consultoría que, en realidad, tiene por administrador único a D. ---⁴, quien, precisamente, es al mismo tiempo administrador único de Comercializadora Zero Electrum⁵.

Por lo demás, es evidente la vinculación que hay entre esta persona (D. ---) y D. ---, uno de los dos asesores energéticos que actuaban con los clientes recomendando la contratación con las comercializadoras (ver folio 759 del expediente administrativo), a quien muchos de los consumidores se refieren de una forma expresa para explicar su contratación con Catgas Energía (ver folios 868 a 872, folio 874 y folio 879 del expediente administrativo).

- *Las medidas de protección el consumidor están orientadas a escoger libremente a un cliente:*

Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía consideran que este objetivo (la libertad de elección del consumidor) se cumple desde el momento en que los clientes eligieron libremente contratar con Catgas Energía.

De nuevo, ha de indicarse que no se discute que los clientes transferidos a Catgas Energía hayan prestado su consentimiento. Ahora bien, es indudable que, antes de enviarse las comunicaciones de la Orden IET/530/2016, Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía interesaron de los clientes la contratación con Catgas Energía (con lo que la comunicación informativa que les advertía sobre la posibilidad de contratar con las comercializadores del listado, y sobre la opción de meditarlo durante el plazo de un mes, quedaba sin utilidad).

Comercializadora Zero Electrum tenía obligación de enviar esa comunicación, y, si bien lo hizo con la mayoría de los puntos de suministro, desvirtuó su

⁴ BORME 20 marzo 2012 (Girona).

⁵ BORME 13 marzo 2013 (Girona)

contenido –de forma consensuada con Catgas Energía- realizando comunicaciones previas a los consumidores de carácter diferente a la prevista en la Orden IET/530/2016.

Las sociedades imputadas presentan –junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución- un estudio técnico de una consultora acerca de las condiciones de contratación ofrecidas por Catgas Energía. En este estudio se concluye, en unos términos generales, que la oferta de Catgas Energía (la subrogación en las condiciones de Comercializadora Zero Electrum) fue positiva para los clientes :

“Como primera conclusión, destacamos que mayoritariamente, las ofertas del mercado libre durante aquel período también eran superiores a los precios conseguidos por los clientes que se acogieron al acuerdo. Se considera que un 61% es un porcentaje suficientemente significativo para afirmar que los precios fueron buenos para los clientes en referencia al mercado libre.

Además, se considera que se benefició a los 176 clientes con potencia superior a 10 kW evitando que fueran penalizados por contratar un producto en TUR con una penalización del 20% sobre la energía y potencia que hubiera sido claramente perjudicial para ellos. Si a esto se le suma que las condiciones en mercado libre han sido beneficiosas para los clientes, se concluye que la actuación resultó beneficiosa para los clientes.”

(Folio 768 del expediente administrativo)

Ahora bien, este estudio se basa sólo en la comparación de condiciones económicas de las ofertas (así se indica en el mismo –ver folio 765 del expediente administrativo-), dejando fuera la valoración de servicios adicionales ofrecidos por algunos comercializadores, y además refleja sólo una tendencia de tipo global: que, para el 61% de los suministros que se traspasaron a Catgas Energía, ésta era la mejor oferta del mercado. Pero para el resto (el 32% en realidad, porque el estudio deja un 7% de CUPS fuera del análisis por “consumo insignificante” –ver folio 767 del expediente-) ello no fue así.

Pues bien, para esos efectos estaba la comunicación informativa; para que cada cliente valorara en un plano de igualdad, y bajo su responsabilidad, las ofertas del mercado. Aunque la decisión “tutelada” por Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía haya sido beneficiosa para un porcentaje importante de clientes, ha sido perjudicial para otros –según el propio estudio técnico aportado por las imputadas-, y por otra parte nada impedía a los consumidores haber escogido Catgas Energía en un contexto en que se hubiera dado un cumplimiento material y efectivo de la comunicación informativa prevista en la Orden IET/530/2016.

➤ *Proporcionalidad de la multa a imponer.*

Finalmente, Comercializadora Zero Electrum y Catgas Energía realizan varias alegaciones acerca de la falta de proporcionalidad de la multa propuesta (argumentando que, dadas las características de la conducta, y las de las

empresas imputadas, la multa no debería superar en ningún caso los 600.000 euros –límite de las infracciones leves-, y que no está considerada la cifra de negocios del último año de Comercializadora Zero Electrum, sino la de un año precedente).

Por razones de sistemática, estas alegaciones se valoran en el fundamento de derecho siguiente, sobre cuantificación de la multa.

Resta por indicar que no se estima procedente la realización de la prueba propuesta por las sociedades imputadas en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (requerir a la empresa [EMPRESA DISTRIBUIDORA] sobre la fecha en que se la comunicó el cambio de determinados clientes en favor de Catgas Energía, a fin de acreditar que, en concreto, esa fecha no es anterior al 25 de abril de 2016). Aparte de que dicha prueba se proponga en tiempo inoportuno (pues la instrucción del procedimiento ya había concluido, y el trámite de prueba ya se sustanció), la misma es innecesaria: Como se ha dicho, al margen de cuál sea la fecha efectiva de traspaso a Catgas Energía, está claro que la comunicación informativa que se había de remitir por Comercializadora Zero Electrum había sido ya, con carácter previo a su remisión, desvirtuada por las comunicaciones remitidas interesando la contratación con Catgas Energía; por lo demás, es evidente que la fecha en que se comunica al distribuidor el cambio de comercializador ha de ser posterior a la captación del cliente (con lo que difícilmente dicha fecha servirá para determinar el momento en que tuvieron lugar las previas labores de captación del mismo).

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

El artículo 67.1 de la Ley 24/2013 prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por las infracciones graves.

No obstante, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013). A este respecto, como ha puesto de relieve la Propuesta de Resolución, la empresa Comercializadora Zero Electrum tuvo en el ejercicio 2015 un importe neto de cifra de negocios de 9.416.350,78 euros, y en el ejercicio 2016 (que no llegó a completar, ya que fue inhabilitada el 14 de abril de dicho año) un importe de 3.611.730,55 euros; por su parte, las últimas cuentas anuales depositadas por Catgas Energía reflejan un importe neto de su cifra de negocios en el ejercicio 2016 de 3.338.935,08 euros.

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.»*

Al respecto, para cuantificar la sanción a imponer, esta Sala valora que se trata de una conducta dolosa que ha estado orientada a dejar sin efecto unas medidas establecidas para la protección del consumidor, relativas a la formación de su voluntad a los efectos de contratar el suministro. No obstante, considerando que, en último término, es claro que no se ha prescindido del consentimiento formal del cliente, se considera oportuno reducir el importe de la multa propuesta. En este sentido, se considera procedente imponer a Comercializadora Zero Electrum una multa de 350.000 euros y a Catgas Energía una multa de 150.000 euros.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que las empresas Comercializadora Zero Electrum, S.L. y Catgas Energía, S.A. son responsables de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en el incumplimiento de las medidas de protección del consumidor establecidas por la normativa sectorial eléctrica.

SEGUNDO.- Imponer a COMERCIALIZADORA ZERO ELECTRUM, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de **trescientos cincuenta mil (350.000) euros**.

TERCERO.- Imponer a CATGAS ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de **ciento cincuenta mil (150.000) euros**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

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.