

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA COMERCIALIZADORA EDP ENERGÍA, S.A.U., POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

SNC/DE/048/18

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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 13 de febrero de 2019

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. Denuncia de cambio de suministrador sin consentimiento

Con fecha 30 de agosto de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC»), escrito de D. [...] denunciando el cambio de suministrador sin consentimiento efectuado por la sociedad EDP ENERGÍA, S.A.U. (en adelante «EDP»), en el suministro eléctrico del domicilio sito en la calle [...], correspondiente con el CUPS: [...].

SEGUNDO. Actuaciones previas

Con fecha 18 de octubre de 2017, en el marco de las actuaciones previas contempladas en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»), la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados de la Dirección de Energía de la CNMC requirió a EDP para que aportase la documentación que estimase conveniente en relación a los hechos descritos en la denuncia objeto del procedimiento.

Con fecha 2 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de EDP atendiendo al requerimiento cursado. En dicho escrito se manifiesta:

- «A principios de mayo de 2017 una de las fuerzas de ventas contratadas por EDP remitió a ésta contrato de suministro (...) aparentemente firmado por D. [...]. (...) En consecuencia, dicho suministro fue activado el 23 de mayo de 2017.
- «El 19 de julio siguiente D. [...] llamó a EDP indicando que no había autorizado ningún cambio de comercializador y que no se le había realizado llamada de verificación alguna (...)».
- «El 10 de agosto EDP envió un correo electrónico al cliente comunicándole que se había comprobado la documentación aportada y la llamada de verificación realizada, deduciendo que la contratación había sido correcta. (...)»
- «Sin embargo, posteriores comprobaciones llevaron a detectar que el comercial de la fuerza de ventas que realizó la contratación había suplantado la identidad del cliente, haciéndose pasar por él en la llamada de verificación (y posiblemente también firmando por él el contrato).
- «A efectos de acreditar lo anterior, se adjunta (...), denuncia presentada por el gerente de la fuerza de ventas contra el referido comercial, por la realización de sucesivas contrataciones fraudulentas a lo largo del tiempo, siguiendo una operativa que se ajusta a los hechos denunciados por el reclamante».
- «(...) con fecha 11 de septiembre se realizaron todas las gestiones necesarias para devolver el suministro a su situación anterior y se anularon todas las facturas emitidas. (...) con fecha 6 de octubre EDP envió correo electrónico al reclamante, comunicándole que se había detectado irregularidades en la venta realizada, por lo que se había dado de baja el contrato y anulado todas las facturas emitidas».
- «En consecuencia, la incidencia ha quedado resuelta, puesto que ya se ha repuesto el suministro del reclamante con su anterior comercializador y se ha dado de baja el servicio FUNCIONA, constando toda la facturación emitida como anulada».

TERCERO. Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 7 de septiembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley 3/2013) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC -aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto-, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra EDP por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Según el citado acuerdo, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la presunta activación por EDP del contrato de suministro sin consentimiento del titular del CUPS [...], cuyos demás datos constan en el antecedente anterior.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban en el acuerdo de incoación como infracción leve del artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante «Ley 24/2013»), «El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes».

CUARTO. Notificación del Acuerdo y alegaciones al mismo

El acuerdo de incoación fue notificado el 20 de septiembre de 2018 a EDP, que solicitó, mediante escrito de 2 de octubre de 2018, ampliación del plazo para alegaciones, ampliación que fue concedida en los términos del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»).

Con fecha 15 de octubre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de EDP, firmado el mismo día, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que EDP activó un contrato de suministro eléctrico para el punto de suministro ubicado en la C/ [...] después de que la empresa colaboradora [...] le remitiera el contrato aparentemente firmado por D. [...]. Adicionalmente, EDP manifiesta que realizó una verificación de la identidad del consumidor a través de una llamada telefónica. A raíz de detectar EDP irregularidades en

la contratación decidió devolver el suministro a la situación anterior y anular la facturación correspondiente.

- Que los procesos de venta puerta a puerta eran realizados por empresas externas y había habilitado controles para evitar situaciones de contratación sin consentimiento como (i) exigencia de aporta copia del DNI y de la factura del anterior comercializador; (ii) llamada de verificación efectuada por empresa externa y (iii) previsión de salvaguardas en los contratos de prestación de servicios firmados con las fuerzas de ventas externas.
- Que en ocasiones los comerciales de las fuerzas de ventas vulneran las salvaguardas previstas y pueden llegar a suplantar la identidad del cliente, tal y como sucedió en el caso que dio origen al presente procedimiento.
- Que EDP una vez detectó que el contrato podía haberse firmado de manera fraudulenta reconoció el error y reparó la situación creada.
- Que EDP actuó en la creencia de que la voluntad del cliente no había sido manipulada por el comercial de la fuerza de venta externa y, adicionalmente, considera que concurren circunstancias que ameritan una sanción en grado mínimo: ausencia de intencionalidad, inexistencia de beneficio alguno y restitución del daño.

EDP concluye su escrito de alegaciones solicitando el archivo del procedimiento atendiendo a la inexistencia de la infracción imputada.

QUINTO. Propuesta de resolución

El 22 de octubre de 2018, 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 razonamientos anteriores, el Director 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 EDP ENERGÍA S.A.U. 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, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes.

SEGUNDO. Imponga a EDP ENERGÍA, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de treinta mil (30.000) euros.”

La Propuesta de Resolución le fue notificada a EDP, con fecha 26 de octubre de 2018.

SEXTO. Asunción voluntaria de responsabilidad y pago de la sanción

El día 15 de noviembre de 2018, EDP procedió a abonar la cantidad de 18.000 euros, importe que se corresponde con la reducción del 40% del importe de la sanción (30.000 euros) propuesta por el Director de Energía. Esto es, EDP abonó la sanción con las reducciones previstas en el citado artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

A tal efecto, EDP procedió a aportar escrito en fecha 9 de noviembre de 2018, por el que manifestaba tanto la asunción voluntaria de la responsabilidad derivada de los hechos indicados en el expediente sancionador de referencia, como la renuncia a interponer cualquier acción o recurso en vía administrativa. Con carácter adicional, en el mismo escrito alegó discriminación en la determinación del importe de la sanción, atendiendo a sanciones precedentes impuestas al propio comercializador por circunstancias análogas.

SÉPTIMO. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de 16 de noviembre de 2018, 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:

EDP procedió a dar de alta en fecha 23 de mayo de 2017 el contrato de suministro eléctrico de su referencia [...], titularidad de D. [...] para la dirección de suministro sita en [...], CUPS eléctrico [...], sin su consentimiento, situación que se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 2017.

Este hecho se considera probado por lo siguiente:

1. EDP ha reconocido que «(...) en ocasiones **los comerciales** de las fuerzas de ventas no actúan correctamente y “se saltan” dichos controles, **pudiendo llegar incluso a suplantar la identidad del cliente, tal y como sucedió en el caso que dio origen al presente expediente**».
2. El **reconocimiento de la responsabilidad en la contratación fraudulenta** -a través del comercial de la fuerza de venta- mediante «presunta falsificación de firma y suplantación de la identidad del cliente en la llamada de verificación (...)».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar, en consecuencia, la presente propuesta de Resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa tipificada como leve en el apartado 4 del artículo 66.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados

El artículo 66.4 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción leve «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, sin vicio alguno de su voluntad; exigencia que la ley impone al comercializador, como titular del contrato de suministro con el cliente, y que no desaparece ni se atenúa por la circunstancia de que, como sucede en este caso, haya mediado la intervención de un tercer sujeto que realiza para la empresa comercializadora la tarea de captación de clientes y promoción de productos.

Efectivamente, el artículo 46 de la Ley del Sector Eléctrico establece entre las obligaciones de los comercializadores, en su apartado 1 letra g) la de «Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa reglamentaria que resulte de aplicación».

La mención por la Ley 24/2013 de 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 y la voluntaria y correcta prestación del consentimiento por parte del consumidor, que es su contraparte en el contrato de suministro, tanto si el consumidor contacta directamente con la sociedad comercializadora para contratar con ella, como si ese contacto se produce a través una entidad intermedia a quien la comercializadora haya confiado la captación de clientes.

En el presente caso, atendiendo al relato fáctico que la propia EDP resulta que por parte de dicha sociedad comercializadora habían sido externalizados tanto el servicio de captación de clientes (a través de la modalidad hoy prohibida por el Real Decreto-ley 15/2018 comúnmente conocido como «puerta a puerta»), como el posterior servicio de control, mediante llamada de verificación al cliente.

Según manifiesta EDP, tanto la documentación aportada por [...] (fuerza de venta externa de EDP), como la llamada telefónica de verificación presentaban apariencia de validez, por lo que se dio como positiva la contratación y se dio de alta el suministro.

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 EDP en su escrito de Alegaciones, puesto que, revisadas dicha documentación y grabación más adelante la misma sociedad comercializadora llegó a la conclusión de que se trataba de una contratación fraudulenta, mediante presunta falsificación de firma y suplantación de la identidad del cliente en la llamada de verificación.

Es la dejación u omisión de control acerca de la identidad del consumidor y acerca del otorgamiento efectivo del consentimiento en el momento previo a los trámites de activación de los correspondientes contratos, la 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.

Dicha conducta omisiva en que consiste la infracción es imputable a la sociedad comercializadora EDP, en su condición de parte contratante del suministro de 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 del suministro que dicha comercializadora suscribe.

No obsta a lo anterior lo alegado por EDP respecto a la presunta simulación de contrato, falsificación de firma, y suplantación de personalidad, imputables a determinados agentes externos. Lo que se imputa a EDP en este procedimiento no es la autoría de tales presuntas falsificación y suplantación (que no corresponde a la competencia sancionadora de esta Administración Pública averiguar ni, en su caso, sancionar) sino la omisión de controles eficaces y suficientes sobre la documentación en que soportó la inicial activación de los contratos. Ello en tanto que dicha omisión de controles infringe la obligación establecidas en la ley sectorial de electricidad, y es por ello encuadrable en el tipo de infracción indicado. Ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto a las alegaciones de EDP acerca de su ausencia de culpabilidad.

TERCERO. Culpabilidad

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 pasivo al

que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa se desprende del artículo 28 de la Ley 40/2015 según el cual «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, (...), que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

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 Ley del Sector Eléctrico).

La obligación del comercializador, 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 eficaces y suficientes que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor.

Mediante escrito de 9 de noviembre de 2018, EDP reconoció su responsabilidad en los hechos objeto del procedimiento sancionador, de modo que debe tenerse por acreditado el elemento subjetivo de la infracción.

En todo caso, debe rechazarse la interpretación señalada por la empresa en su de alegaciones al acuerdo de incoación según la cual ejerció el debido control sobre la fuerza de venta externa, la cual eludió fraudulentamente las salvaguardas contempladas. Tal eventualidad de fraude no puede ser desconocida por las sociedades comercializadoras que externalizan el servicio de captación de clientes, especialmente si la retribución de este tipo de colaboración resulta vinculada al número de nuevos contratos

CUARTO. Terminación del procedimiento por reconocimiento de la responsabilidad y reducción de la sanción.

En el apartado VI de los Fundamentos Jurídico-Materiales de la Propuesta de Resolución (folio 9) se indicaba que EDP como presunto infractor, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, en los términos establecidos en

el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí.

Mediante transferencia de 15 de noviembre de 2018, EDP ha procedido a pagar la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento de responsabilidad por parte de EDP, y al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la Propuesta de Resolución, procede aplicar las reducciones del 20% al importe de la sanción de 30.000 euros propuesta, quedando la misma en 18.000 (dieciocho mil) euros.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

Primero.- Declarar que la empresa EDP ENERGÍA S.A.U. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes, correspondiéndole una sanción de 30.000 (treinta mil) euros por la infracción cometida.

Segundo.- Aprobar las reducciones del 20% sobre la referida sanción, establecidas en el artículo 85, apartado 3 en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de 18.000 (dieciocho mil) euros que ya ha sido abonada por EDP ENERGÍA, S.A.U.

Tercero.- Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción quedan condicionadas en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Cuarto.- Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.