
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA CLIDOM ENERGY, S.L.- QUE ACTUA COMO COMERCIALIZADORA BAJO LA MARCA HOLA LUZ-, POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

SNC/DE/009/19

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 17 de diciembre 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 por cambio de comercializador sin consentimiento.

Con fecha 12 de enero de 2018, D. [...] presentó reclamación ante el Departamento de Economía, Industria y Empleo del Gobierno de Aragón, Servicio Provincial de Zaragoza, denunciando un cambio de comercializador sin su consentimiento debido a que su CUPS, por error, fue facilitado a HOLA LUZ por un tercero, dejando por tanto de ser cliente de ENDESA ENERGÍA desde el 27 de octubre de 2016. La citada reclamación dio lugar al Expediente RE-004/18.

En el citado escrito de reclamación, alega que era cliente de ENDESA ENERGÍA hasta el 27 de octubre de 2016, fecha en la que deja de recibir facturas. Se informa de que su CUPS se ha facilitado a HOLA LUZ por error por parte de un tercero. Asegura que se le ha acumulado una deuda con dicha empresa de

495,16 euros, que quieren cobrarle en seis cuotas y añadiendo los gastos de la distribuidora. [...] ha vuelto a contratar el suministro con ENDESA ENERGÍA.

En su escrito, el denunciante solicita que, en caso de considerar pertinente el pago total de la deuda, esta se fraccione en los once meses a los que corresponden, y que se anulen los costes generados por los cambios de compañías, que en ningún caso han sido ocasionados por él.

De la documentación aportada por el interesado en la denuncia, constan una serie de correos electrónicos entre una Asociación de consumidores que actúa a nombre del interesado: [...] y HOLA LUZ desde junio de 2017- fecha en la que el Sr. [...] se apercibe del error -en donde las partes no se ponen de acuerdo en la forma de solucionar el conflicto.

En concreto, los datos del punto de suministro objeto de la reclamación son los siguientes:

Titular: [...]

Dirección: [...]

CUPS electricidad: [...]

El Departamento competente del Gobierno de Aragón, dentro del marco de dicho expediente, dio traslado de la reclamación formulada por Sr. [...] a CLIDOM ENERGY, S.L. (que actúa bajo la marca comercial de HOLA LUZ, en adelante CLIDOM), a ENDESA DISTRIBUCIÓN, así como al propio interesado, con el fin de recabar información sobre la reclamación en cuestión.

Recibidas en el Servicio Provincial de Zaragoza las alegaciones de las partes afectadas, en fecha 7 de agosto de 2018, el Director del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo de Zaragoza, dicta Oficio por el que, vista la materia objeto de la reclamación, acuerda dar traslado del expediente a la CNMC por corresponder a esta Comisión la competencia para, en su caso, instruir el correspondiente expediente sancionador de observarse conducta fraudulenta.

Dicho escrito, junto con toda la documentación generada en el expediente, fue recibido en la sede de la CNMC en fecha 1 de octubre de 2018. (Folios 1 al 96 del expediente administrativo)

SEGUNDO. Apertura de un periodo de información previa.

A la vista de la citada denuncia remitida por el Gobierno de Aragón, el Director de Energía de la CNMC procedió a la apertura de un periodo de información previa, en virtud del cual, y mediante Oficio de 31 de octubre de 2018, se requirió a CLIDOM para que, en el plazo de diez días hábiles, aportara la documentación que estimase conveniente en relación con los hechos que se describen en la denuncia y, en particular, los documentos contractuales u otra acreditación del

consentimiento expreso del consumidor, facturas generadas, fecha de alta y baja de los contratos e historial de comunicaciones con el denunciante.

A resultas de dicho requerimiento, CLIDOM presenta escrito de alegaciones en el que, a efectos de lo que interesa en la presente propuesta, confirma que un tercero, D. [...], validó telemáticamente un alta con la empresa, proporcionando erróneamente los datos del suministro que realmente se correspondían con los del denunciante [...], haciéndose efectivo el cambio de comercializador con fecha 29.10.16. Que, en consecuencia, advertidos del error, se procedió a anular las facturas a nombre de D. [...] y generar las correspondientes facturas a cargo de [...], que es el titular real del CUPS y el que ha hecho los consumos y a quien corresponde su pago desde el 29/10/2016 hasta el 29/09/2017. Que por buena fe han accedido a fraccionar el pago del importe adeudado, solicitando a esta Comisión que inste al denunciante al pago de la cantidad debida (495,16€).

TERCERO. Acuerdo de Incoación

Con fecha 25 de marzo de 2019 el Director de Energía de la CNMC, en el ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 2/2013, de 4 de junio de creación de la CNMC y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra CLIDOM por presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

Los hechos que motivaron la incoación del procedimiento se sustentaron en *“el presunto cambio de comercializador a favor de CLIDOM ENERGY S.L. del contrato de suministro de electricidad sin consentimiento de su titular, para el CUPS eléctrico: [...], según resulta de los antecedentes que constan en el presente acuerdo de incoación”*.

CUARTO. Alegaciones de CLIDOM ENERGY S.L.

Con fecha 18 de abril de 2019, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de CLIDOM, cuyo contenido, en síntesis, es el siguiente:

- Que como alega el propio denunciante, el supuesto de CUPS cruzado se ha debido a un error de un tercero y no de la propia empresa y que dicha circunstancia no puede dar lugar, en ningún caso, a una infracción administrativa. A este respecto, hay que tener en cuenta el procedimiento de contratación habitual en el que estos supuestos de CUPS cruzados exceden de manera evidente del ámbito de control de la sociedad. En este punto se da una explicación detallada del procedimiento de contratación seguido por CLIDOM.

- Que el Acuerdo de Inicio del procedimiento incurre en una infracción del principio de tipicidad -en cuanto existen dos calificaciones de la infracción en el propio Acuerdo de Incoación- y del principio de taxatividad al no existir una exacta correlación entre el error de un consumidor y el incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes que exige el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, cuya presunta infracción motiva el Acuerdo de Incoación.
- Que el citado Acuerdo de Incoación incumple igualmente el principio de responsabilidad y culpabilidad que se precisa en el ámbito sancionador, en cuanto, según el procedimiento de contratación que se sigue por la empresa, el error en la aportación de los datos es responsabilidad exclusiva del consumidor, sin que se pueda considerar responsable a la empresa de dicho error (cambio de CUPS) al estar fuera de su ámbito de control.

CLIDOM concluye su escrito de alegaciones solicitando que se tenga por presentado en tiempo y forma y se acuerde el inmediato sobreseimiento del expediente sancionador y subsidiariamente la apertura de un periodo probatorio.

QUINTO. Ampliación del Acuerdo de Incoación y nuevas alegaciones de la empresa.

A la vista de las alegaciones formuladas, el Instructor del expediente, sin perjuicio de entender que el Acuerdo de incoación contenía suficiente información para el ejercicio del derecho de defensa de la interesada, al objeto de despejar cualquier duda al respecto, dicta, con fecha 9 de mayo de 2019, un Acuerdo de ampliación de la incoación por el que, por un lado, se subsana un mero error material de transcripción de un artículo de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y por otro, se completa y especifica con más detalle la conducta imputada a CLIDOM.

De este modo, el apartado II del Acuerdo de Incoación se completa con el siguiente párrafo:

- *La conducta imputada a CLIDOM ENERGY, S.L., y sin perjuicio de lo que pueda resultar de la instrucción del expediente, es el cambio de titularidad/subrogación del contrato de suministro de electricidad nº [...] con número de contrato de acceso: [...], a favor de [...] sin su consentimiento.*

Todo ello sin que se altere, en ningún caso, la calificación jurídica de la presunta infracción contenida en el Acuerdo que dio inicio al presente procedimiento sancionador.

Conferido nuevo plazo para formular alegaciones, se presenta un segundo escrito de alegaciones por la empresa en el que se dispone, en síntesis, lo siguiente:

- Reitera la explicación sobre el procedimiento de contratación que sigue CLIDOM, considerando que contiene suficientes garantías para evitar errores en la contratación, por lo que se considera que dicho procedimiento no incumple los requisitos de contratación ni apoderamiento de los clientes. Que es el propio consumidor el obligado a dar correctamente sus datos ya que, en caso contrario, impondrá al comercializador un nivel de comprobación desproporcionado y carente de sentido.
- Insiste en la infracción de los principios de tipicidad y taxatividad, en cuanto desconoce cuáles son los requisitos de contratación establecidos en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, o en su normativa de desarrollo a los que se refiere el artículo 66.4 que contiene la supuesta conducta infractora, y que no existe una correlación entre el error del consumidor y la conducta descrita en dicho precepto.
- Considera igualmente que la sociedad no puede ser considerada responsable de una infracción inexistente en cuanto que, del procedimiento de contratación seguido en general y para el denunciante en particular, se concluye que está fuera de su ámbito de control impedir los errores que respecto a los datos incurren los consumidores, y que dicho procedimiento de contratación cumple con todas las garantías a favor de los derechos de los consumidores.

CLIDOM concluye su escrito de alegaciones solicitando se proceda al sobreseimiento del expediente sancionador y subsidiariamente la apertura de un periodo probatorio consistente en se tenga por incorporada una imagen al expediente y se incorpore al procedimiento una resolución dictada por la CNMC, en el marco del expediente CNS/DE/568/18, en la que, en un supuesto similar al ahora enjuiciado, esta Comisión ha procedido al archivo del procedimiento.

Con fecha 14 de junio de 2019, se dicta Acuerdo por el Director de Energía por el que se inadmite parcialmente la prueba solicitada de parte- en lo relativo a la incorporación de la resolución- por manifiestamente improcedente al no existir analogía alguna entre el presente procedimiento sancionador y el expediente de información previa CNS/DE/568/18.

SEXTO- Incorporación de cuentas anuales

Mediante diligencia de 10 de septiembre de 2019, se incorporaron las cuentas anuales de 2017, últimas disponibles, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Barcelona de 22 de mayo de 2019. En las mismas se indica que la cifra de negocios para el año 2016 fue de 126.218.847,31 euros.

SÉPTIMO. Propuesta de resolución

El 4 de noviembre de 2019, 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 CLIDOM ENERGY, S.L. 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 de electricidad.

SEGUNDO. Imponga a CLIDOM ENERGY, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de 30.000 (treinta mil) euros por la comisión de la anterior infracción.

La Propuesta de Resolución le fue notificada a CLIDOM, con fecha 8 de noviembre de 2019.

OCTAVO. Denegación de la solicitud de ampliación del plazo para la presentación de alegaciones por parte de CLIDOM ENERGY S.L., a la Propuesta de Resolución

Con fecha 19 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de CLIDOM, por el que solicita la ampliación del plazo para aportar información y formular alegaciones a la Propuesta de Resolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En fecha 22 de noviembre de 2019, se acuerda la denegación de ampliación de plazo solicitado, al entender que no concurren circunstancias suficientes para su concesión.

NOVENO. Alegaciones de CLIDOM ENERGY S.L., a la Propuesta de Resolución

Con fecha 22 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de CLIDOM, cuyo contenido, en síntesis, es el siguiente:

- Que, en atención al histórico de comunicaciones existentes entre CLIDOM y el denunciante, este último prestó su consentimiento para un cambio en la titularidad del suministro del CUPS [...] con anterioridad a que CLIDOM presentara su solicitud ante el distribuidor.
- Que la refacturación de los consumos del Sr. [...], practicada por CLIDOM, se hizo de conformidad con las peticiones realizadas por los asesores del denunciante.

CLIDOM concluye su escrito de alegaciones solicitando que se acuerde el sobreseimiento del presente expediente sancionador.

DÉCIMO. 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 26 de noviembre de 2019, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

UNDÉCIMO. Informe de la Sala de Competencia

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

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO. - CLIDOM ENERGY, S.L. procedió a dar de alta, con fecha 29 de octubre de 2016, un contrato de suministro de electricidad para el usuario D. [...] mediante petición formalizada telemáticamente por dicho usuario el 27 de octubre de 2016. CLIDOM ENERGY, S.L. solicita a la distribuidora ENDESA DISTRIBUCIÓN el 28 de octubre de 2016 el cambio de comercializador, quedando activado ese mismo día y generando el contrato ATR nº [...].

El citado contrato, desde su propia formalización, contiene un error sustancial en su contenido en cuanto que la parte contratante, el Sr. [...], introduce el CUPS de un tercero ajeno que no tenía conocimiento alguno sobre este hecho. Dicho CUPS corresponde al denunciante [...].

Este error es admitido por parte de CLIDOM en todas sus alegaciones y se acredita documentalmente por el propio contrato adjuntado por la empresa en su contestación al requerimiento de información formulado por esta Comisión en el que se comprueba que los datos personales corresponden al Sr. [...] (Nombre, NIF, teléfono y email) y los datos del punto de suministro (CUPS y domicilio) corresponden al Sr. [...]. (Documento nº 2 aportado por la empresa en su contestación a la CNMC que figura a los folios nº 79 a 89 del expediente administrativo).

SEGUNDO. - CLIDOM ENERGY, S.L., desde la fecha de alta de dicho contrato (29/10/2016) emite una serie de facturas a nombre de [...] con el CUPS de [...] y al domicilio de este, hasta que, advertido del error por el denunciante, procede a la anulación de dichas facturas.

Este hecho se reconoce por la empresa al folio 63 del expediente administrativo.

TERCERO. – Con fecha 24 de octubre de 2017, CLIDOM ENERGY S.L. solicita a la empresa distribuidora ENDESA DISTRIBUCIÓN, una modificación de contrato por subrogación a favor del usuario [...], petición que es aceptada por la distribuidora ese mismo día, generando una nueva versión en el contrato ATR nº: [...]. (escrito de ENDESA DISTRIBUCIÓN en contestación al Servicio Provincial de Industria de Zaragoza que figura al folio 24 del expediente administrativo).

El mismo día que solicita a la distribuidora la subrogación (24/10/2017), CLIDOM ENERGY, S.L. emite la factura nº [...] por importe de 495,16€ a nombre de [...]. En la citada factura se observa que no se reseña en el apartado correspondiente el periodo de facturación, (si bien la factura corresponde al mes de septiembre y en letra pequeña se pone que facturan 336 días) y que el contrato de acceso que se reseña en los datos del suministro es el nº [...] (el suscrito inicialmente por el Sr. [...] el 27/10/2016). Dicha factura es aportada por la propia empresa como Documento nº 2 en su contestación al Servicio Provincial de Zaragoza que figura al folio 22 del expediente administrativo.

CUARTO.- Con fecha 15 de enero de 2018, CLIDOM ENERGY, S.L., emite una factura nº [...], a nombre de [...], para un periodo de facturación del 1 al 5 de noviembre por importe de 5,99€. En dicha factura se reseña igualmente como contrato de acceso el nº [...] suscrito en su día por el Sr. [...]. (Doc. nº 4 aportado por la empresa en su contestación a la CNMC que figura al folio 92 del expediente administrativo).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las

sanciones por las infracciones previstas en el párrafo 4 del artículo 66 de la misma Ley.

Según el artículo 7.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, relativo a la supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, corresponde a la CNMC «*velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador*».

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.

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. El artículo 79 de la citada Ley 24/2013 dispone un plazo de nueve meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre; 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.

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 de los clientes*”.

En primer lugar, y al objeto de evitar confusión en un extremo tan sustancial como es la conducta atribuida a la empresa imputada a efectos de subsumir dicha conducta en el tipo infractor, conviene desde un primer momento aclarar y especificar que en el presente procedimiento no se sanciona a CLIDOM por el hecho de que un tercero, por error, en este caso el Sr [...], facilitara un CUPS erróneo (el del Sr. [...]) en los datos proporcionados a la comercializadora para la formalización del contrato de suministro.

Este hecho, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera tener la comercializadora al disponer de un programa de contratación on line, evidentemente defectuoso, se ha puesto de manifiesto en varias denuncias tramitadas ante esta Comisión que han resultado finalmente archivadas al no apreciarse una intencionalidad de cambio de comercializador sin consentimiento por parte de la empresa comercializadora. Uno de los indicios que refuerza el hecho de que no existe tal intencionalidad, es que las propias empresas, una vez advertidas del error, proceden a la inmediata anulación de las facturas que se hubieran generado, reponiendo la situación, en la medida de lo posible, al estado anterior a la comisión del error. Esto es exactamente lo que ocurrió en el

expediente tramitado por esta Comisión con referencia CNS/DE/568/18, cuya resolución pretendía incorporar CLIDOM al presente procedimiento por entender que era un supuesto análogo al suyo.

Una vez indicado que es lo que no se sanciona en el presente expediente sancionador, decaen todas las alegaciones formuladas por la empresa dirigidas a acreditar, por un lado, las bondades del procedimiento de contratación establecido por CLIDOM, y por otro, que el error de un consumidor no es imputable a la empresa ni constituye motivo suficiente para el inicio de un procedimiento sancionador.

En el presente caso, la conducta típica, subsumible en el tipo del artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, la constituye el hecho, que ha resultado probado, de que, una vez advertidos del error, y con el único objeto de poder facturar el importe de los consumos generados mientras permanecieron los CUPS cruzados, solicitan unilateralmente a la empresa distribuidora, sin contar con el consentimiento del afectado, una modificación de contrato por subrogación a favor del usuario [...].

Como se ha acreditado igualmente en los hechos probados, el mismo día que solicita a la distribuidora la subrogación, (24 de octubre de 2017) CLIDOM emite la factura nº [...] por importe de 495,16€ a nombre de [...].

Con dicha conducta, CLIDOM incumple el más elemental de los requisitos de contratación que es el del consentimiento de la parte contratante, pero, es más, subroga al denunciante en un contrato que de por sí adolecía desde su formalización de un error sustancial consistente en que su objeto era inexistente al formalizarse sobre un CUPS que no correspondía a su titular.

Se incumplen, por tanto, los siguientes requisitos de contratación a los que se refiere el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y que se encuentran recogidos en el artículo 44 g) de dicha ley sectorial que obliga a las comercializadoras a *“Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación. Asimismo, realizar las facturaciones a sus consumidores de acuerdo a las condiciones de los contratos que hubiera formalizado en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias de desarrollo de esta ley, y con el desglose que se determine”*.

Igualmente, con dicha conducta, CLIDOM infringe los requisitos de contratación recogidos en el artículo 44 de la citada Ley como los derechos del consumidor (en cuanto parte contratante) entre los que se encuentran el derecho a elegir suministrador (apartado c) y el derecho a formalizar un contrato de suministro en el que se especifique, entre otras cosas, los precios y tarifas aplicables (apartado d). En este caso, se obliga al Sr. [...] a subrogarse en un contrato en el que ni siquiera ha podido elegir la tarifa aplicable a su suministro ni el resto de condiciones contractuales.

Pero, es más, la propia empresa con dicha conducta incumple sus propias condiciones particulares de contratación que constan en el contrato que incorpora CLIDOM al procedimiento. (folios 81 a 88 del expediente administrativo).

Así, en el apartado 14 de dichas condiciones, relativo a la “subrogación y cesión” se dispone literalmente:

14.1. Siempre que el Cliente esté al corriente de pago, podrá traspasar su contrato a un tercero que vaya a realizar un uso de la instalación del Cliente en las mismas condiciones pactadas con éste en el presente contrato. Para ello, el Cliente y el cesionario presentarán conjuntamente a CLIDOM un escrito con la solicitud de cambio de titularidad, debidamente firmado por ambos y en la que constarán los datos personales del cesionario, su domicilio, CIF y datos de domiciliación bancaria. Una vez aceptado, CLIDOM gestionará el cambio ante la Distribuidora, quedando condicionada la efectividad del traspaso a la regularización del contrato de acceso, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el apartado 10.2., sobre la verificación de la solvencia del cesionario por parte de CLIDOM.

Pues bien, no es que no se haya presentado por CLIDOM el documento exigido por sus propias condiciones particulares para que tenga lugar la subrogación y que requiere de la firma de ambas partes en la que soliciten expresamente el cambio de titularidad, es que ni siquiera se ha alegado ni aportado al procedimiento el más mínimo elemento probatorio por el que pudiera, al menos inducirse, la existencia del consentimiento del Sr. [...].

Es muy significativo al respecto, que una vez que el instructor del procedimiento amplía el acuerdo de inicio del procedimiento, especificando expresamente la conducta que se imputa a la empresa - consistente en la subrogación contractual sin consentimiento del interesado-, en el segundo escrito de alegaciones que presenta en contestación a dicha ampliación no hace mención alguna sobre esta cuestión al objeto de refutar dicha imputación.

Una única vez se refiere CLIDOM al consentimiento del denunciante para el cambio de titularidad de los contratos, haciendo referencia, en el escrito de contestación al requerimiento formulado por la CNMC a un correo electrónico, fechado el 20 de junio de 2017, (al folio 63 del expediente administrativo) en el que el denunciante facilita “según conversación” número de cuenta bancaria, dirección, dirección de correo electrónico y teléfono a CLIDOM. Indica igualmente que “*El resto de los datos del cuestionario no los conozco*” Esta actuación, en ningún caso puede asimilarse a una aceptación expresa de la subrogación por el interesado, sino más bien a la intención, reiteradamente manifestada por el Sr. [...], de proceder al pago de los suministros efectuados por CLIDOM si bien de modo fraccionado.

Por último, la falta de consentimiento del Sr. [...] es también evidente en cuanto consta en el expediente, que con fecha 6 de noviembre de 2017 (es decir en menos de 15 días desde que se solicita por CLIDOM la subrogación del contrato a nombre del Sr. [...] a la distribuidora), la comercializadora ENDESA ENERGÍA, S.A.U. solicita cambio de comercializador con modificaciones en el contrato de acceso, con usuario [...], que se acepta por la distribuidora y se activa ese mismo día. (Al folio 24 del expediente administrativo).

Posteriormente, y según ha quedado acreditado en los hechos probados CLIDOM facturará por estos 5 días de consumo (del 1 al 5 de noviembre de 2017) al Sr. [...] mediante factura nº [...] emitida el 15 de enero de 2018 por importe de 5,95€.

Ha resultado, en consecuencia, acreditado que CLIDOM ha incurrido en una conducta típica de las infracciones leves recogidas en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, consistente en el incumplimiento de los requisitos de contratación, recogidos como derechos de los consumidores en el artículo 44 c) y d) y como obligación de las comercializadoras en el artículo 46.g) al haber realizado una subrogación contractual sin consentimiento del usuario facturando unos suministros para los que no existía contrato.

El desconocimiento de dichos requisitos invocado por la empresa en sus alegaciones, no solo no sirve de justificación alguna, sino que confirma la falta de la mínima diligencia que puede exigirse a una comercializadora de, al menos, conocer los derechos y obligaciones que corresponden a los consumidores y comercializadores en relación al suministro de energía eléctrica reseñados en el Título VIII de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Finalmente, el artículo 47 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, relativo a los incumplimientos de las comercializadoras, dispone, en su apartado 4. que el incumplimiento por un comercializador de cualquiera de las obligaciones que le son exigibles en el ejercicio de su actividad será sancionado de acuerdo con lo establecido en el título X de esta ley.

TERCERO. - Culpabilidad de en la comisión de la infracción

a) Consideraciones generales

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el

cual “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”.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual “la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable” (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

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”.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos. Entre éstas se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador: artículo 44 c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y 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.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de la sociedad imputada implica una culpabilidad a título intencionado o doloso ya que todos los datos y actuaciones que han desembocado en la realización de la conducta

infractora por parte de CLIDOM -consistente en el cambio de titularidad/subrogación del contrato de suministro de electricidad a favor de [...], sin su consentimiento- revelan la clara intencionalidad de la empresa en la comisión de dicha conducta.

Así, de las cartas y correos habidos entre la organización de consumidores que actuó inicialmente como representante del Sr. [...] y CLIDOM, y de los escritos de contestación de la empresa a los requerimientos de los organismos públicos, se comprueba la voluntad inequívoca de CLIDOM, desde el mismo momento que advierte el cruce de los CUPS, de recobrar los consumos de electricidad realizados por el Sr. [...] entre el 29/10/16 y el 29/09/17 por entender que el error fue de un tercero (sin responsabilidad alguna de su parte) y que el pago de los suministros corresponde al titular real del CUPS, esto es, al Sr. [...] que hizo los consumos. Así lo manifiesta expresamente a esta misma Comisión en su escrito de contestación al requerimiento de información (al folio 63 del expediente administrativo).

Así las cosas, la empresa comercializadora, advertida del error del CUPS durante el mes de junio de 2017 por el propio Sr. [...] (es decir 9 meses después del alta realizada por el Sr. [...]), lejos de intentar enmendar el error evitando, aunque fuera por deferencia comercial, un claro perjuicio económico al Sr. [...] -que ni ha querido ni ha provocado dicha situación- y con el único fin de poder recobrar los consumos desde dicha fecha, recurre unilateralmente a la subrogación contractual de este tercero, sin su consentimiento, al objeto de dar una apariencia de soporte jurídico a la facturación correspondiente a los consumos de dicho señor.

De este modo, y según se ha expuesto en apartados anteriores de la presente resolución, ha quedado acreditado que, el mismo día en el que CLIDOM solicita a ENDESA DISTRIBUCIÓN la modificación del contrato por subrogación, emite la factura nº [...] por importe de 495,16€ a nombre de [...], aplicando a dicho Sr, unas condiciones contractuales que ni conocía ni mucho menos había elegido. Posteriormente, el 15/1/2018 emite nueva factura por importe de 5,95€ correspondientes a los consumos de los 5 días del mes de noviembre previos al cambio efectivo de suministrador a favor de ENDESA ENERGÍA S.A.U.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto que CLIDOM ha actuado con una evidente intencionalidad en la realización de la conducta imputada, por lo que se le responsabiliza de la misma a título de dolo.

CUARTO.- CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR CLIDOM ENERGY, S.L., CON RESPECTO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, CLIDOM insiste en que actuó correctamente, al entender que, en atención al histórico de comunicaciones existentes entre CLIDOM y el denunciante, este último prestó su consentimiento para un cambio del titular del suministro del CUPS [...] con anterioridad a que CLIDOM solicitara el cambio al distribuidor. A tal efecto, aporta como Documentos 1, 2 y 3, comunicaciones intercambiadas entre comercializadora y cliente, entre el 12 y el 20 de junio de 2017.

Los Documentos 1 y 3 se corresponden con la relación de correos electrónicos intercambiados entre la comercializadora y el Sr. [...], en los que se le informa a este último que se ha advertido la existencia de CUPs cruzados y que se procede a la anulación de las facturas generadas por este motivo. A su vez, se le solicita al Sr. [...] una serie de datos para proceder a la correcta facturación de esos importes.

El Documento 2, se trata de una comunicación realizada por el comercializador en la que se informa al denunciante de la necesidad de gestionar un cambio de titularidad para que el CUPS [...] esté a su nombre.

Sin embargo, CLIDOM no aporta como elemento probatorio documento que demuestre que el denunciante cumplimentó debidamente el formulario facilitado a fin de demostrar la voluntad fehaciente del cliente de solicitar dicho cambio. En consecuencia, las copias de los mails adjuntadas al escrito de alegaciones no constituyen a ningún efecto un ejercicio de consentimiento expreso por parte del cliente de forma que pueda entenderse que está autorizando a la comercializadora, para proceder al cambio de titularidad del CUPS, como parte de un proceso de contratación debidamente informado.

Adicionalmente a la anterior alegación, CLIDOM expone que la refacturación de los consumos del denunciante, se hizo de conformidad con las peticiones realizadas por los asesores de éste, y, por lo tanto, no se produce un incumplimiento por parte de la comercializadora de los requisitos de contratación y apoderamiento de los clientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico.

Sin embargo, este hecho no tiene ninguna trascendencia en la cuestión que es objeto de reproche en este procedimiento sancionador, ya que, tal y como quedó reflejado en la Propuesta de Resolución, este expediente viene a valorar si la conducta desarrollada por CLIDOM es subsumible dentro del tipo definido tanto en el artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico; circunstancia que, a tenor de los factores probatorios de los que ha dispuesto esta Comisión para su valoración, se produjo sin ningún género de dudas.

En virtud de lo anterior, a juicio de esta Sala, procede desestimar las alegaciones del imputado.

QUINTO. – Sanción que se formula, aplicable a la infracción leve cometida

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

- 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”.*

En el presente caso, no concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo al peligro para la vida o salud de las personas, importancia del daño, perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro o impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

Sin embargo, sí se aprecia, como circunstancia que puede incidir en el mayor grado de reprobabilidad de la infracción, la intencionalidad en su comisión.

Atendidas las anteriores se acuerda la imposición de una multa de **30.000 (treinta mil) euros**.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa CLIDOM ENERGY, S.L. 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 de electricidad.

SEGUNDO. Imponer a CLIDOM ENERGY, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de 30.000 (treinta mil) euros por la comisión de la anterior infracción.

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.