

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LAS EMPRESAS BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. Y EDP ENERGÍA, S.A.U. POR INCUMPLIMIENTO DE LA DJV/DE/01/14.

SNC/DE/033/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

Dña. María Ángeles Rodríguez Paraja, Vicesecretaria del Consejo

En Madrid, a 1 de julio de 2021

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116.3.b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH), la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Decisión Jurídicamente Vinculante DJV/DE/01/14.

Con fecha 18 de febrero de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la Decisión Jurídicamente Vinculante DJV/DE/01/14 relativa a las nuevas altas de suministros de gas. En esta resolución, la Sala acordó, entre otras medidas, «[...] exigir que la empresa comercializadora libre y la de último recurso de un mismo grupo empresarial cuenten con un servicio de atención telefónica diferenciado, tal como figura en el fundamento jurídico material Tercero de la presente resolución».

En dicho fundamento jurídico-material Tercero se establecía que:

- «Esta Comisión considera que cabe interpretar razonablemente lo anterior en el sentido de que la comercializadora libre y el CUR de un mismo grupo empresarial deban tener puntos de atención telefónica diferenciada».
- «[...] resulta incuestionable que las comercializadoras libres y las de último recurso son empresas comercializadoras con personalidad jurídica diferenciada, por mucho que pertenezcan a un mismo grupo empresarial. La Ley 34/1998 establece una clara distinción entre el régimen jurídico de unas y otras empresas».
- «[...] la interpretación de esta Comisión es la que permite una mejor protección de los derechos de los consumidores, pues: (i) La regulación reconoce el derecho del consumidor a recibir información transparente sobre las tarifas, lo que lleva implícito el derecho a disponer de información clara sobre la empresa que presta el suministro a una determinada tarifa; (ii) El régimen jurídico del suministro libre y de último recurso difieren a tenor de la regulación, incluido lo relativo al precio, entre otras condiciones. Ello exige adoptar las medidas que mejor protejan al consumidor; (iii) La separación de ambas líneas de atención telefónica proporciona mayor garantía de que la venta se realiza sin equívocos, en los términos de la Ley».
- «En atención a las anteriores consideraciones, por medio de la presente resolución la CNMC considera razonable tomar la medida consistente en exigir que la empresa comercializadora libre y la de último recurso de un mismo grupo empresarial cuenten con un servicio de atención telefónica diferenciado».

SEGUNDO. Inspección de la CNMC.

Con fecha 13 de septiembre de 2018, el Director de Energía de la CNMC, en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y de acuerdo con lo establecido en su disposición adicional octava 1 a) y 2 a) y transitoria cuarta, acordó el inicio de una inspección a EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO S.A. (BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. tras el cambio de denominación social inscrito en el Registro Mercantil de Asturias el 26 de agosto de 2019) para comprobar el proceso de contratación de suministros con los comercializadores de último recurso.

Con fechas 25 y 26 de octubre de 2018 se realizó una visita de inspección en las oficinas de EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A. en Oviedo; adicionalmente, se realizó una visita en el centro de atención telefónica

al cliente, emplazado en Gijón.

En la visita de inspección se escucharon 17 llamadas previamente grabadas desde 2017 y seleccionadas aleatoriamente hasta la fecha de la inspección, se revisaron 11 correos electrónicos, así como el tratamiento que ha dado la empresa objeto de inspección y se escucharon en el centro de atención de Gijón 24 llamadas entrantes. Según la información del Anexo I del acta de inspección, donde se detalla la relación de llamadas escuchadas y correos electrónicos escuchados, una gran parte de las llamadas son relativas a solicitudes de información sobre bono social, facturas, pagos, cambio de cuenta bancaria, lecturas. La mayoría de los correos recibidos eran relativos a consultas y trámites referentes a contratos en mercado libre.

TERCERO. Acta de Inspección.

De acuerdo con lo que se refleja en el acta de inspección de 12 de noviembre de 2018:

«Disponen principalmente de dos plataformas para la atención telefónica al cliente, situadas en Gijón y en Bilbao, donde se atienden la mayor parte de las llamadas, sobre temas relacionados con EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A., y “mercado libre”. Disponen de una tercera plataforma en Lisboa, donde únicamente atienden temas relacionados con “mercado libre”.

Cada operador puede atender indistintamente temas relacionados con gas natural y con energía eléctrica, y generalmente cada operador atiende temas relacionados con EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. y EDP ENERGÍA, S.A.U. o bien con aspectos relacionadas con EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A., excepto en momentos puntuales (sobrecarga puntuales de llamadas sobre un tema específico, por ejemplo, bono social) en que un operador dado puede atender indistintamente “mercado libre” o llamadas relacionadas con el PVPC o la TUR, dependiendo de la llamada entrante.

El centro de atención telefónica de Gijón cuenta con unos **[CONFIDENCIAL]** puestos de operadores, el centro de atención telefónica de Bilbao cuenta con unos **[CONFIDENCIAL]** puestos de operadores y el centro de atención telefónica de Lisboa cuenta con unos **[CONFIDENCIAL]** puestos de operadores. En el centro de atención telefónica de Bilbao se atiende las 24 horas, siete días a la semana.»

Entre las llamadas al teléfono de atención al cliente del CUR grabadas con anterioridad y revisadas durante la visita de inspección, se encuentra una llamada en la que el cliente desea realizar un cambio de titular y el operador le pregunta si desea continuar en TUR o pasar al mercado libre, realizando

finalmente un contrato en mercado libre. De acuerdo con lo señalado en las páginas 7 y 8 del acta de inspección:

«En la llamada con código 07202007031525245875, un futuro cliente (que ha llamado al teléfono de EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A. y en consecuencia el operador actúa en su nombre) desea cambiar de titularidad un contrato de suministro de gas natural; el operador pregunta al cliente si desea continuar en TUR o pasar al “mercado libre”, el operador informa de características generales, tanto de la tarifa TUR como de tarifas en “mercado libre”, (descuentos, puntos promocionales, etc.), finalmente se realiza un contrato en mercado libre.

En el transcurso de la conversación, el cliente solicita información sobre la TUR, el operador no informa de la página web donde se puede informar el solicitante».

CUARTO. Declaración del estado de alarma.

Con fecha 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya disposición adicional cuarta establecía: «Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren». Los plazos administrativos se reanudaron el 1 de junio de 2020.

QUINTO. Incoación del procedimiento sancionador.

El 14 de octubre de 2020 el Director de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador a las sociedades EDP COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. (BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. tras el cambio de denominación social inscrito en el Registro Mercantil de Asturias el 26 de agosto de 2019, en adelante BASER) y EDP ENERGÍA, S.A.U. (en adelante EDP), por el incumplimiento del acuerdo tercero de la DJV/DE/01/14 de la CNMC consistente en «exigir que la empresa comercializadora libre y la de último recurso de un mismo grupo empresarial cuenten con un servicio de atención telefónica diferenciado». Dicha incoación fue notificada el 15 de octubre de 2020 tanto a EDP como a BASER, según consta en el expediente administrativo.

SEXTO. Alegaciones y Solicitud de terminación convencional del procedimiento.

Con fecha 28 de octubre de 2020 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de la representación legal de las sociedades BASER y EDP, a través del cual se manifestaba, en síntesis, lo siguiente:

- Que, en cumplimiento de la DJV de 23 de mayo de 2014, BASER y EDP separaron las líneas telefónicas para atender las llamadas de los clientes. Así, se diferenciaron la «Línea EDP CUR» con el número 900 902 947 y la «Línea EDP» con el número 900 907 000, estableciendo para cada una de las líneas un argumentario diferente.
- Que, en noviembre de 2017, se separaron en documentos independientes los procedimientos de los centros de atención al cliente. Así, las llamadas registradas en la «Línea EDP CUR» se establecía un criterio de «prohibición de vender» y si algún cliente manifestaba interés en ofertas el teleoperador debía remitirle a la comercializadora de mercado libre.
- A pesar de los mecanismos implementados, «en ocasiones puntuales algún teleoperador cometió la equivocación de combinar erróneamente ambos tipos de procedimientos provocando las situaciones que fueron recogidas en la inspección de 2018».
- Que desde que se realizó una mayor separación entre los agentes el problema ha quedado solucionado como se acredita a través de la inspección realizada en el año 2019.

Expuesto el relato cronológico de los hechos que ha sido extractado, las sociedades BASER y EDP consideran que el procedimiento reúne las circunstancias previstas en el artículo 86 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para finalizar mediante una terminación convencional.

SÉPTIMO. Contestación a la solicitud de BASER y EDP.

Con fecha 5 de noviembre de 2020 el Director de Energía, en su condición de instructor del procedimiento, informó acerca de la inviabilidad jurídica, conforme a la normativa sectorial de aplicación, de la pretensión de terminación convencional de procedimiento sancionador, sin perjuicio de la previsión contemplada en el artículo 85 de la Ley 39/2015 que permite al Administrado la finalización del procedimiento en cualquier momento anterior a la resolución en el supuesto de que reconozca su responsabilidad.

OCTAVO. Cambio de instructor en el procedimiento.

Con fecha 9 de diciembre de 2020 el Pleno del Consejo de la CNMC acordó el nombramiento de D.^a María Jesús Martín Martínez como nueva Directora de Energía. Corresponde al titular de la Dirección de Energía la instrucción del presente procedimiento, según determinan los artículos 29.2 de la Ley 3/2013 y 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC. Es, por consiguiente, con efectos desde el 11 de diciembre de 2020, instructora del presente procedimiento D.^a María Jesús Martín Martínez.

NOVENO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 8 de marzo de 2021, se han incorporado al expediente notas simples del Registro Mercantil de Asturias, de fecha 4 de marzo de 2021, relativas a los últimos depósitos de cuentas anuales efectuados por las empresas BASER y EDP, correspondientes al ejercicio 2019, último disponible, siendo la cifra de negocios de BASER de **[>60 millones de] €** y la de EDP de **[>60 millones de] €**.

DÉCIMO. Propuesta de resolución

El 11 de marzo de 2021 la Directora de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, la Directora de Energía propuso adoptar la siguiente Resolución:

Vistos los razonamientos anteriores, la Directora de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

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:

PRIMERO. Declare que las comercializadoras BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. y EDP ENERGÍA, S.A.U. son responsables de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de la Decisión Jurídicamente Vinculante DJV/DE/01/14 aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria en sesión de 14 de febrero de 2014.

SEGUNDO. Imponga a las citadas sociedades, una sanción consistente en el pago de una multa de 250.000 euros, a cada una de ellas, salvo que, con carácter previo a la aprobación de la resolución, dichas sociedades ejerciten la opción de reconocer voluntariamente su responsabilidad, en cuyo caso la multa será de 200.000 euros; pudiendo ejercitar, además, la opción de pago voluntario, en cuyo

caso, el importe a ingresar en la cuenta corriente titularidad de la CNMC será de 150.000 euros.

La Propuesta de Resolución fue notificada a EDP y a BASER el 17 de marzo de 2021, según obra en el expediente administrativo.

UNDÉCIMO. Alegaciones de a la Propuesta de Resolución.

Por escrito de 17 de mayo de 2021, con entrada en el registro de la CNMC el mismo día, EDP y BASER efectuaron alegaciones a la Propuesta de Resolución aceptando expresamente la responsabilidad. El pago de la sanción en su importe reducido se produjo el día 18 de mayo de 2021.

DUODÉCIMO. Elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23 a) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. Las comercializadoras BASER y EDP incumplieron el contenido del acuerdo tercero de la DJV/DE/01/14 al no contar con un servicio de atención telefónica diferenciado para cada una de las citadas comercializadoras. El incumplimiento descrito ha sido acreditado (i) a través de las actuaciones de inspección realizadas los días 25 y 26 de octubre de 2018 en las que se escucharon diferentes llamadas telefónicas, tanto grabadas como entrantes. Estas actuaciones se reflejaron en el Acta de Inspección de fecha 12 de noviembre de 2018; y (ii) mediante el reconocimiento de los hechos contenido en el escrito de alegaciones de fecha 26 de octubre de 2020 en el que se manifiesta expresamente: «(...) en ocasiones puntuales algún teleoperador cometió la equivocación de combinar erróneamente ambos tipos de procedimientos provocando las situaciones que fueron recogidas en la inspección e 2018».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Directora 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 116.3.b) de la Ley de Hidrocarburos corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por la infracción tipificada en el artículo 110.d) de dicha Ley. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título VI de la citada LSH. El artículo 115.2 de la misma Ley dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la LRJSP.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 110.d) de la Ley 34/1998, tipifica como infracción grave «El incumplimiento de las decisiones jurídicamente vinculantes y requerimientos efectuados por la Administración competente, incluida la Comisión Nacional de Energía, o por el Gestor Técnico del Sistema en el ámbito de sus funciones, cuando no resulte perjuicio relevante para el funcionamiento del sistema».

Las Comercializadoras fueron debidamente notificadas del resultado de la DJV/DE/01/14 y, por consiguiente, conocían la argumentación jurídica, su completo contenido y el mandato que comportaba sin ningún género de duda. A través de las actuaciones de inspección se pudo comprobar que la exigencia de separar la atención telefónica de las dos comercializadoras, medida amparada en la necesidad de protección de los consumidores, se había incumplido. Así, la visita presencial efectuada los días 25 y 26 de octubre de 2018 pudo acreditar que no se respetaba la medida exigida por la DJV. La acreditación del incumplimiento, según se detalla en el Acta de Inspección aludida en el apartado

tercero de los antecedentes de la presente Resolución, se concreta mediante el análisis de las llamadas telefónicas escuchadas, entre ellas, se constata que un consumidor que desea un mero cambio de titularidad de un contrato en mercado regulado, finalmente, es transferido al mercado libre.

Por lo expuesto, resulta acreditado que las comercializadoras BASER y EDP no disponían de los correspondientes servicios de atención telefónica al consumidor con la separación exigida por el contenido de la DJV/DE/01/14. Esta falta de separación de los servicios telefónicos comporta un incumplimiento de la DJV y, por consiguiente, la conducta de las comercializadoras es plenamente subsumible en el tipo infractor regulado en el artículo 110.d) de la Ley de Hidrocarburos.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP, según el cual *«solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

En el presente caso EDP y BASER han reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción.

V. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN.

En la Propuesta de Resolución se indicaba que EDP y BASER, como presuntas infractora, podían reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la LPAC, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, 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 estas acumulables entre sí.

Mediante sendas transferencias de fecha 18 de mayo de 2021, EDP y BASER han 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 expreso de responsabilidad por parte de EDP y BASER y al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de 250.000 (doscientos cincuenta mil) euros, quedando en un total de 150.000 (ciento cincuenta mil) euros por cada una de las infractoras.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho décimo, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a las entidades BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. y EDP ENERGÍA, S.A.U.

SEGUNDO. Aprobar las dos reducciones del 20% sobre las sanciones de 250.000 (doscientos cincuenta mil) euros contenidas en la propuesta del instructor, 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 las sanciones en un 40% a la cuantía de 150.000 (ciento cincuenta mil) euros por cada una de las infractoras, que ya han sido abonadas por BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. y EDP ENERGÍA, S.A.U.

TERCERO. - Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a las interesadas.

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 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.