

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A SWAP ENERGÍA, S.A. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.

SNC/DE/017/20

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

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de junio de 2021

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Denuncia de Enerdom Consulting, S.L.

El 13 de mayo de 2019, ENERDOM CONSULTING, S.L., en representación de la Comunidad de Propietarios **[CONFIDENCIAL]** en Donostia - San Sebastián, remitió a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito en el que denunciaba a SWAP ENERGÍA S.A. (en adelante, «SWAP») por haber reducido la potencia inicialmente contratada, si bien se le continúa facturando como consumidor la indicada potencia.

Según el denunciante, el cliente, con CUPS **[CONFIDENCIAL]**, habría contratado inicialmente una tarifa de acceso 3.0A, con unas potencias de 30 kW, 30 kW y 50 kW en los periodos 1, 2 y 3, respectivamente. En algún momento, la comercializadora habría modificado las potencias contratadas en la tarifa de

acceso a 9 kW, 13 kW y 50 kW en los periodos 1, 2 y 3, respectivamente, pero habría seguido facturando al cliente las potencias inicialmente contratadas. Esta reducción de potencias se habría realizado en virtud de la siguiente cláusula incluida en el contrato de suministro:

«6. AJUSTE DE PARÁMETROS DE CONTRATACIÓN

Siempre y cuando se le siga facturando en los parámetros contratados en las condiciones particulares del presente contrato, El Cliente autoriza a SWAP a modificar los parámetros de contratación de las tarifas de acceso del punto de suministro a los efectos de mejorar la eficiencia de la previsión y compra de la energía necesaria para el cliente».

SEGUNDO. Diligencias previas.

El 29 de mayo de 2019, el Director de Energía de la CNMC, al amparo de lo previsto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo que, en su caso, pudiera corresponder, procedió a solicitar información a SWAP así como a las distribuidoras eléctricas en las que SWAP tiene cierto número de puntos de suministro: EDISTRIBUCIÓN Redes Digitales, S.L.U, UFD DISTRIBUCIÓN ELECTRICIDAD, S.A. e I-DE REDES ELÉCTRICAS INTELIGENTES, S.A.U.

Con fecha 1 de julio de 2019 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de contestación de la sociedad SWAP.

En relación con el CUPS objeto de reclamación, el cliente contrató con SWAP, con fecha 8 de marzo de 2018, unas potencias de 30 kW, 30 kW y 50 kW en los periodos 1, 2 y 3, respectivamente. Sin embargo, la activación del contrato de acceso de terceros a la red (en adelante, «ATR») se produjo el 23 de mayo de 2018, ya con unas potencias de 9 kW, 13 kW y 50 kW en los periodos 1, 2 y 3, respectivamente. La diferencia entre lo que efectivamente facturó SWAP al cliente en concepto de potencia del ATR y lo que le habría facturado, de haber aplicado las potencias contratadas en el ATR, asciende a 1.112 €, en el periodo del 23 de mayo de 2018 al 30 de abril de 2019, según información de la comercializadora¹.

SWAP manifiesta, con respecto al CUPS indicado, que: *«En dicha contratación se le informó y explicó [al cliente] que, siempre y cuando se le siguiese garantizando la facturación según los parámetros contratados en las condiciones*

¹ La información aportada por SWAP en el Excel solicitado es que facturó al cliente, en concepto de potencia, un total de 2.328,26 €, desde el 23 de mayo de 2018 al 30 de abril de 2019; mientras que, de haber aplicado las potencias realmente contratadas en el ATR, le habría facturado un total de 1.216,35 €, en dicho periodo.

particulares del contrato (manteniendo la facturación acordada) se podría acceder a dichas redes, para lo cual se recogió contractualmente y por duplicado, la oportuna autorización o mandato para ajustar los parámetros de contratación si así se estimase oportuno por la comercializadora». Adicionalmente, señala que «actualmente es conocido por los actores del mercado que los comercializadores de energía tienen ofertas para los suministros de baja tensión en las que se ofrecen precios de energía en condiciones ventajosas a cambio de permitir modificar el contrato de ATR y seguir facturándole con el anterior». De igual forma, SWAP indica que, para todos los puntos de suministro en los que se redujo la potencia del ATR, «el comercial le informó [al cliente] en el momento de realizar el contrato».

Asimismo, SWAP informa que habría reducido la potencia de los contratos ATR del mismo modo en un total de 222 CUPS. Según cálculos de SWAP, la diferencia entre el ATR facturado por el distribuidor a SWAP y el ATR que tendría que haber facturado SWAP al cliente, aplicando las nuevas potencias contratadas en el ATR, ascendería en total a 216.314,43 €, en el periodo de julio de 2016 a abril de 2019. Los 222 CUPS referidos por SWAP se encuentran solo en la red de distribución de I-DE REDES ELÉCTRICAS INTELIGENTES, S.A.U.

Por otra parte, también se solicitó información a las distribuidoras eléctricas en las que SWAP tiene cierto número de puntos de suministro. I-DE REDES ELÉCTRICAS INTELIGENTES, S.A.U. informa de 447 puntos de suministro suministrados por SWAP, para los que se ha solicitado reducción de potencia, entre julio de 2016 y abril de 2019.

Por su parte, las distribuidoras EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U. y UFD DISTRIBUCIÓN ELECTRICIDAD, S. A, informan, respectivamente, de 100 y 25 puntos de suministro suministrados por SWAP en los que se habría reducido la potencia contratada en el contrato de acceso en el periodo de enero de 2017 a abril de 2019.

En total, se podrían elevar a 572 CUPS aquellos en los que se habría reducido la potencia en los términos indicados en este antecedente en el período comprendido entre julio de 2016 y abril de 2019. Se trata, por tanto, de una práctica generalizada y continua de esta comercializadora.

Finalmente, esta Comisión ha evaluado la factura aportada por el denunciante del concreto punto de suministro que corresponde al periodo de consumo del 3 de agosto de 2018 al 4 de septiembre de 2018, es decir, posterior a la reducción de potencia en el contrato de acceso. En dicha factura, en el apartado de «Datos del contrato», no se especifica de ninguna manera la potencia contratada; si bien SWAP factura al cliente unas potencias de 25,5 kW, 25,5 kW y 42,5 kW, en los periodos 1, 2 y 3, respectivamente, de acuerdo con los datos que se muestran en el apartado «Detalle de la factura».

TERCERO. Acuerdo de incoación.

De conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Director de Energía de la CNMC acordó, con fecha 24 de abril de 2020, incoar expediente sancionador a SWAP por presunta infracción grave tipificada el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, estando, en concreto, tipificada en los siguientes términos:

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.

En concreto, se consideraba, de forma indiciaria, que la reducción de potencia de forma generalizada en un conjunto de 572 CUPS sin que la misma se repercutiera a los consumidores ni se reflejara en su factura la potencia facturada, podría suponer una vulneración tanto de los derechos de los consumidores a formalizar un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad en el que las condiciones generales sean equitativas y transparentes (artículo 44.1.d de la Ley 24/2013); así como del derecho a recibir información transparente sobre las condiciones generales aplicables al acceso (artículo 44.1.j de la Ley 24/2013).

El acuerdo de incoación precalificó jurídicamente estos hechos como una presunta infracción administrativa grave tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El acuerdo de incoación fue notificado a SWAP el día 24 de abril de 2020.

CUARTO. Alegaciones de SWAP a la incoación del procedimiento sancionador.

SWAP solicitó en fecha 13 de mayo de 2020 acceso al expediente, lo que se le concedió mediante oficio del Director de Energía de la CNMC del 18 de mayo de 2020. Asimismo manifestó que las alegaciones no se presentarían hasta el levantamiento de la suspensión de los plazos procedimentales por razón del estado de alarma.

El día 19 de junio de 2020 tuvo entrada en el Registro de la CNMC, en tiempo y forma, las alegaciones de SWAP, así como la documentación que sostiene sus alegaciones.

Resumidamente sostiene lo siguiente:

-En primer lugar, indica que el denunciante tiene también interés comercial y que el cliente está totalmente satisfecho con SWAP.

-En segundo lugar, indica que se incoa por 572 CUPS cuando SWAP solo ha modificado la potencia en 222 CUPS como ya se indicó en las diligencias previas, entendiéndose que algunas distribuidoras han incluido cambios de potencia solicitados por los propios clientes, ajenos al presente procedimiento sancionador.

-En tercer lugar, describe su actuación como la propia de un asesor energético que mediante su correspondiente herramienta informática señala a los consumidores el ahorro que pueden obtener y que conducen a ofertas de ahorro garantizado por parte de las comercializadoras hacia los clientes. En este marco, se ofrece un precio al cliente que incluye, entre otras posibilidades el cambio de potencia y justamente dicho servicio no resulta gratuito. Así queda expresamente reflejado en el contrato y todos y cada uno de los clientes lo han firmado con pleno conocimiento. Asimismo ha firmado una carta de autorización para formalizar el contrato de acceso a las redes de la distribución, modificando los parámetros eléctricos de los contratos de suministros.

Estas cuestiones están reflejadas en las condiciones particulares del contrato, no solo en las condiciones generales, y, por tanto, han sido libremente firmadas por los clientes con pleno conocimiento.

-En cuarto lugar, se cita consulta emitida por la extinta CNE en 2012 en la que se indica que no hay regulación alguna de la facturación en potencias de suministro con tarifa de acceso 3.0A y, por tanto, hay plena libertad contractual y de contenido de la factura.

-En quinto lugar, señala que el acuerdo de incoación da a entender que es obligatorio facturar no la potencia contratada con el cliente, sino otra diferente. Así, indica que parece que se está imponiendo la necesidad, de que SWAP tenga que facturar una concreta potencia distinta de la prevista en el contrato y lo anterior implica, a respetuoso criterio, cuanto más, una atribución competencial y potestad no reglada y por lo tanto incompatible con el ordenamiento jurídico. Esto supondría la imposición de unas obligaciones inexistentes en la normativa.

-En sexto lugar, entiende que no hay obligación de indicar en la factura la potencia contratada y que la misma se puede derivar de la información que se

encuentra en la misma y que se ha cumplido con lo pactado en las condiciones particulares del contrato.

-Seguidamente realiza un análisis del acuerdo de incoación en el que pretende justificar algún tipo de ilegalidad mediante consideraciones de tipo valorativo.

-En este sentido, alega que es un error considerar que la potencia no figura en la factura, y que el cliente se beneficia de la reducción de la potencia porque le cuesta menos la energía y la garantía de precio. Esto supondría una vulneración del principio de legalidad porque no hay norma aplicable que prohíba esta actuación.

-En la misma línea insiste finalmente en que no hay vulneración ninguna de los derechos de los consumidores, que la actuación está amparada por la libertad contractual, que la transparencia es algo subjetivo y que hay otras prácticas similares que no son perseguidas. Que es imposible en este segmento de consumidores que no sepan lo que están contratando y que la conducta supuestamente infractora la realizan de forma permanente otras empresas para lo que aportan ejemplos, lo que podría suponer una vulneración del principio de igualdad.

-Alega también vulneración del principio de tipicidad, proporcionalidad y razonabilidad y la posibilidad de que se hubiera cometido una infracción leve y no grave, en concreto las previstas en los apartados 4 y 5 del artículo 66 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

Por todo ello, solicita que se dicte nueva Resolución anulando y archivando el presente procedimiento sancionador o, subsidiariamente, modificando el tipo aplicable y la posible sanción que se pudiera imponer.

QUINTO. Cambio de instructor.

Con fecha 9 de diciembre 2020 fue designada, con efectos a partir del día 11 de diciembre de 2020, doña María Jesús Martín Martínez, como Directora de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cesando don Santiago Muñoz Gámez, en su condición de Director de Energía. Ello supone un cambio del instructor del presente procedimiento sancionador, lo que se notifica en esta Propuesta de Resolución, siendo de aplicación las causas establecidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

SEXTO. Incorporación de cuentas anuales.

Mediante diligencia del 16 de febrero de 2021 se incorporaron las cuentas anuales de 2019, últimas disponibles, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Guipúzcoa de 25 de noviembre de 2020. En las mismas se indica que la cifra de negocio para el año 2019 fue de **[CONFIDENCIAL]** euros.

SÉPTIMO. Propuesta de Resolución.

El 26 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, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO- Declare que SWAP, es responsable de la comisión 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, por vulneración de las medidas de protección del consumidor.

SEGUNDO- Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 600.000 euros.

La Propuesta de Resolución fue notificada a SWAP el 6 de abril de 2021, según obra en el expediente administrativo.

OCTAVO. Alegaciones de SWAP a la Propuesta de Resolución.

Por escrito de 26 de abril de 2021, con entrada en el registro de la CNMC el mismo día, SWAP efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución aceptando expresamente la responsabilidad. El pago de la sanción en su importe reducido se produjo el día 26 de abril de 2021.

NOVENO. 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 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 de este procedimiento los siguientes:

PRIMERO. SWAP ENERGÍA, S.A. no ha incluido en las facturas los datos necesarios para el cálculo de la tarifa de acceso.

Según consta en el antecedente de hecho primero de la propuesta y con motivo de la denuncia de la Comunidad de Propietarios **[CONFIDENCIAL]** frente a la comercializadora por disconformidad en la facturación que vino acompañada de dos facturas (Folios 154 a 157), se observa que no se incluye en la factura ni (1) el valor de la potencia contratada que tiene el consumidor en su correspondiente tarifa de acceso ni (2) el valor de los precios regulados de potencia y de energía de las tarifas de acceso vigentes, o la referencia normativa de los mismos.

En particular, las dos facturas citadas no recogen la información sobre la potencia contratada de los puntos de suministro y los periodos a los que corresponden, que de acuerdo con la información aportada por SWAP en los (Folios 115-150), serían de 9 kW, 13 kW y 50 kW, para cada uno de los periodos tarifarios para el punto de suministro **[CONFIDENCIAL]** y periodo de lectura 03/08/2018 al 04/09/2018 y de 29 kW, 30 kW y 35 kW para el punto de suministro **[CONFIDENCIAL]** y periodo de lectura 14/06/2018 al 02/07/2018.

Únicamente quedan reflejados los consumos de energía, la potencia facturada que correspondería a las potencias que tenía contratadas el consumidor antes de la modificación realizada por el comercializador y las medidas del maxímetro, datos insuficientes para el cálculo de las tarifas de acceso.

En consecuencia, se considera probado que SWAP no ha incluido en las facturas los datos necesarios para el cálculo de la tarifa de acceso.

SEGUNDO. SWAP ENERGÍA, S.A. ha modificado la potencia contratada en 222 contratos de suministro de energía sin que los consumidores tengan

conocimiento de la nueva potencia que tiene su contrato de acceso con el distribuidor.

Según consta en el antecedente de hecho segundo de la presente propuesta, SWAP ha modificado la potencia contratada a 222 contratos (y no en 572 como se indicó de forma indiciaria en el acuerdo de incoación) basándose en una cláusula del contrato mediante la que SWAP se habilita a modificar los parámetros de contratación del acceso y en una carta al distribuidor firmada por el consumidor en el momento de la firma del contrato. La cláusula referida se incluye en las condiciones generales bajo el título «AJUSTE DE PARÁMETROS DE CONTRATACIÓN», cuyo contenido literal es el siguiente: **«Siempre y cuando se le siga facturando en los parámetros contratados en las condiciones particulares del presente contrato, El Cliente autoriza a SWAP a modificar los parámetros de contratación de las tarifas de acceso del punto de suministro a los efectos de mejorar la eficiencia de la previsión y compra de la energía necesaria para el cliente».** En cuanto a la carta al distribuidor, esta recoge lo siguiente: *«AUTORIZA A la compañía SWAP ENERGIA S.A., con C.I.F. A 75128660 a formalizar por mi cuenta y en su nombre, en calidad de sustituto, el correspondiente contrato de acceso a las redes de distribución y a modificar, si lo estima oportuno, los parámetros eléctricos de contratación del punto de suministro»*

En la contestación a la solicitud de información cursada por esta Comisión mediante oficio de fecha 29 de mayo de 2019 (Folios 101-107), en el marco de las actuaciones previas, SWAP no contradice este hecho. Por el contrario, afirma que *«Por otro lado, actualmente es conocido por los actores del mercado que los comercializadores de energía tienen ofertas para los suministros de baja tensión en las que se ofrecen precios de energía en condiciones ventajosas a cambio de permitir modificar el contrato de ATR y seguir facturándole con el anterior»* (Folio 105).

Este hecho queda constatado, a la vista de las dos facturas citadas en el Hecho probado primero, ya que las potencias que aparecen allí recogidas hacen referencia a los cálculos que se derivarían de la facturación de la potencia contratada del consumidor antes de llevarse a cabo la reducción de potencia realizada por el comercializador. Así, por ejemplo, para la instalación con CUPS [CONFIDENCIAL] se muestra en la factura los importes correspondientes a una potencia aparentemente contratada de 30kW, 30kW y 50kW – potencia previa a la modificación realizada por SWAP-, cuando la potencia real contratada en la tarifa de acceso– para el periodo de la factura- sería de 9 kW, 13 kW y 50 kW, para cada uno de los periodos tarifarios. Igualmente, para la instalación con CUPS [CONFIDENCIAL], se calculan los importes a partir de los valores de potencia aparentemente contratada de 35kW, 35kW y 35kW, cuando la potencia real contratada en la tarifa de acceso – para el periodo de la factura- sería de

29kW, 30 kW y 35 kW (de acuerdo con la información facilitada por la propia SWAP en los Folios 115-150).

En ningún momento el consumidor tiene constancia de la nueva potencia contratada, puesto que, de acuerdo con la información aportada por la comercializadora, ni SWAP se lo comunica al consumidor ni aparece en las facturas de suministro.

TERCERO. SWAP ENERGÍA, S.A. ha obtenido un incremento de ingresos de algo más de 216 mil euros al reducir la potencia contratada a sus consumidores y seguir facturándoles con la potencia anterior.

De acuerdo con la información aportada por SWAP en contestación a la solicitud anteriormente citada (documento Excel), la diferencia entre el importe que SWAP ha facturado a los 222 consumidores, en el periodo desde que SWAP modifica los parámetros del contrato de acceso y el 30 de abril de 2019, y lo que habría facturado de haber aplicado la potencia realmente contratada, asciende al menos a un total de 216 mil euros².

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 73.3 a) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones graves consistente en la realización en el incumplimiento por parte de las empresas comercializadoras de electricidad 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, tipificado en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013.

² Dato calculado como diferencia de las columnas de la Excel aportada por SWAP (Folios 115 a 150) denominadas (4) Importe, en €, sin impuestos, que habría facturado SWAP al cliente en concepto de potencia sobre la base de los datos de potencia que le ha enviado el distribuidor y (3) Importe, en €, sin impuestos, facturado por SWAP al cliente en concepto de potencia de cada contrato, todo ello desde la fecha en que difieren las potencias en el contrato de suministro y en el contrato ATR y hasta el 30 de abril de 2019.

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 la Resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

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 las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo II del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley del Sector Eléctrico, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

Tal y como ha quedado acreditado en el expediente, existe una obligación reglamentaria en el artículo 3.5 del Real Decreto 1435/2002, en relación con los datos necesarios que han de constar en la factura, que ha sido incumplida.

Con ello se ha incumplido la obligación prevista en el artículo 44.1.j) y 44.1.d) 5º de la Ley 24/2013, en relación al desglose de las facturaciones y la información que debe figurar en el contrato.

j) Recibir información transparente sobre los precios y condiciones generales aplicables al acceso y al suministro de energía eléctrica.

A estos efectos, recibirán las facturaciones con el desglose que se determine reglamentariamente.

d) A formalizar un contrato de acceso con la empresa distribuidora o un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad, según corresponda, en el que se especifique:

[...]

5.º la información actualizada sobre precios y tarifas aplicables y, en su caso, disposición oficial donde se fijen los mismos.

Asimismo el hecho de no poner en conocimiento del consumidor los cambios realizados, hacer firmar un mandato en blanco y, finalmente, no informar de las consecuencias económicas y técnicas de la reducción de potencia, suponen incumplimientos de los derechos del consumidor previsto en el artículo 44.1 d), penúltimo inciso y 44.1 e):

d) [...] Las condiciones generales serán equitativas y transparentes, y deberán adecuarse a lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos con los consumidores. Se explicarán en un lenguaje claro y comprensible y no incluirán obstáculos no contractuales al ejercicio de los derechos de los clientes. Se protegerá a los clientes contra los métodos de venta abusivos o equívocos.

e) Ser debidamente avisados de forma transparente y comprensible de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato sin coste alguno cuando reciban el aviso.

Asimismo, se ha incumplido la obligación del comercializador prevista en el artículo 46.1.j):

j) Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente.

La Ley 24/2013 del Sector Eléctrico tipifica como infracción grave en su artículo 65.25:

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.

Las medidas de protección al consumidor a las que se refiere el tipo infractor no son otras que las contenidas en el artículo 44 de la Ley 24/2013 que trae causa de la normativa europea. Por tanto, el incumplimiento de cualquiera de los derechos de los consumidores por parte de una comercializadora, tanto legales como reglamentarios, indicados en dicho precepto, supone la comisión de la citada infracción grave, sin que tengan sentido las alegaciones en relación con la presunta vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.

De igual modo ha de rechazarse la alegación sobre las capacidades del consumidor concreto del cual procede la denuncia. La normativa de consumidores en el sector eléctrico no distingue entre los mismos, salvo para reforzar la protección de aquellos que tienen la consideración de vulnerables.

En consecuencia, los derechos de todos los consumidores son idénticos, sin que el hecho de que se trate de una comunidad de propietarios y no de una concreta persona física, modifique la calificación de los hechos.

En conclusión, una vez desestimadas todas las alegaciones de SWAP al respecto, y considerando, por un lado, los hechos probados señalados, y por el otro, las medidas concretas de protección al consumidor establecidas en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, así como en los artículos 44.1.e), 44.1.j), 44.1.d) 5º, 44.1.d) penúltimo inciso de la Ley 24/2013 y 46.1.j) y el tipo infractor fijado en el artículo 65.25 de dicha ley, procede confirmar que SWAP ha incurrido en una conducta típica constitutiva de infracción grave, consistente en el incumplimiento de medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la citada ley y su normativa de desarrollo.

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 SWAP ha 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 SWAP como presunta infractora, podía 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 transferencia con fecha 26 de abril de 2021, SWAP 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 expreso de responsabilidad por parte de SWAP 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 600.000 (seiscientos mil) euros, quedando en un total de 360.000 (trescientos sesenta mil) euros.

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 LPCA, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho séptimo, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a la entidad SWAP ENERGÍA, S.A.

SEGUNDO. Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de 600.000 (seiscientos mil) euros contenida 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 la sanción en un 40% a la cuantía de 360.000 (trescientos sesenta mil) euros, que ya ha sido abonada por SWAP ENERGÍA, S.A.

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 la interesada.

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.