

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA, S.L.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR PRODUCIDO POR CAMBIOS DE COMERCIALIZADOR CON PÉRDIDA DEL BONO SOCIAL.

SNC/DE/006/20

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 de la Sala

D. Miguel Bordiu García-Ovies, Secretario del Consejo

En Madrid, a 14 de octubre de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Diligencias previas.

En el marco de las actuaciones de supervisión del mercado minorista de electricidad consistentes en la verificación del consentimiento de los cambios de comercializador activados para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2017 al 30 de junio de 2018 (referencia IS/DE/044/17), la CNMC efectuó diversos requerimientos de información a empresas comercializadoras, entre ellas, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L.U., solicitando a ésta, en concreto, que aportase *“los medios y soportes correspondientes que acrediten el consentimiento del siguiente listado de CUPS seleccionados, incluidos a continuación, que fueron activados entre el 1 de julio de 2017 al 30 de junio de 2018”*.

ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA atendió el requerimiento de información cursado en los términos que figuran en el expediente.

Del análisis de la documentación remitida por la sociedad comercializadora, se

verificaron (según consta en el *Informe de supervisión del efectivo consentimiento del consumidor al cambio de comercializador*, aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en sesión de 17 de diciembre de 2019, que fue publicado en la web de la CNMC el 21 de febrero de 2020¹) los siguientes extremos, con relación a ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA:

“Durante el periodo analizado, se han encontrado 59 CUPS que perdieron el Bono Social a raíz de un cambio de comercializador, y que en meses posteriores lo recuperaron. Estos CUPS pertenecen a ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA (4) [...]. En la documentación aportada para la acreditación del consentimiento de estos cambios no se aportó el modelo de la renuncia al Bono Social firmado por el consumidor, ni se evidenció en la misma, advertencia alguna sobre las implicaciones que tendría un cambio al mercado libre para estos consumidores, por lo que se podría haber incumplido lo establecido en el artículo 5.5. del RD 897/2017”.

Los cuatro CUPS aludidos en el Informe aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria son los siguientes:

[CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. Incoación del procedimiento sancionador.

El 30 de noviembre de 2020, el Director de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, como persona presuntamente responsable de la infracción del artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, relativa al incumplimiento de las medidas de protección del consumidor, al haber tramitado cuatro cambios de suministro asociados al bono social sin disponer de la renuncia expresa a dicho bono exigida por la normativa.

Dicha incoación fue notificada el mismo 30 de noviembre de 2020.

TERCERO. Cambio de instructor del procedimiento.

Con fecha 9 de diciembre de 2020 el Pleno del Consejo de la CNMC acordó el nombramiento de una nueva Directora de Energía, a la que, en consecuencia, pasó a corresponder la instrucción del presente procedimiento.

CUARTO. Alegaciones de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA a la incoación del procedimiento.

Con fecha 11 de diciembre de 2020, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA solicitó ampliación del plazo conferido para formular alegaciones, concediéndose la misma mediante acuerdo de la Dirección de Energía de fecha 15 de diciembre de 2020.

¹ <https://www.cnmc.es/node/379147>.

Con fecha 5 de enero de 2021 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA en el que, en síntesis, manifestaba lo siguiente:

- Que la infracción imputada es inexistente:
 - El procedimiento de contratación telefónica de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA cumplió con todas las garantías exigibles y con las obligaciones de información y la protección de los consumidores.
 - Asimismo, las obligaciones de información a los consumidores sobre las consecuencias de la renuncia al bono social exigen que la comercializadora tenga conocimiento de que el consumidor en cuestión es beneficiario del bono social. En este sentido, el art. 6.4 del citado RD 897/2017 disponía que el SIPS *“deberá estar actualizado [...], incluyendo una referencia a la percepción del bono social”*. Sin embargo, en la fecha en que se concluyeron los cambios de suministro el Sistema de Información de Puntos de Suministros (SIPS) no contenía el campo del bono social, por lo que las comercializadoras no disponían de una base de datos fiable en la que consultar si el CUPS era o no beneficiario de dicho bono social. No fue hasta abril de 2018 cuando el SIPS comenzó a disponer de información fiable, por lo que ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA desconocía dicha circunstancia.
 - Por último, insiste ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA en el hecho de que el Real Decreto 897/2017 estableció un régimen transitorio de seis meses para que los consumidores acogidos al bono social acreditaran su condición de consumidor vulnerable; en caso de no hacerlo, transcurrido dicho plazo, el bono social dejaría de aplicarse.
- El acuerdo de incoación infringe el principio de tipicidad pues la conducta de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA no ha implicado vulneración del artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017, ni tampoco del artículo 46.1. letra j) de la Ley 24/2013. No existe una exacta relación entre el hecho cometido y la norma sancionadora que pretende aplicarse.
- Asimismo, el acuerdo de incoación infringe el principio de responsabilidad, pues no puede exigirse responsabilidad a ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA por incumplimiento de su obligación de información a los consumidores acogidos al bono social, cuando el SIPS, que es el instrumento que el propio legislador ha establecido para dar publicidad sobre los consumidores acogidos al bono social, no estaba actualizado en el momento en que se efectuaron las contrataciones.
- El acuerdo de incoación vulnera, asimismo, el principio de proporcionalidad al calificar la infracción como grave y continuada, según lo establecido en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013. Asimismo, de los 59 CUPS que perdieron el bono social, recogidos en el Informe de supervisión del efectivo consentimiento del consumidor al cambio de comercializador, solo 4 de ellos serían imputables a ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA.

QUINTO. Incorporación de documentación.

Mediante diligencia de 16 de julio de 2021 se ha incorporado al expediente nota simple del Registro Mercantil de Madrid de fecha 16 de julio de 2021, relativa al último depósito de cuentas anuales efectuado por la empresa ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L. correspondiente al ejercicio de 2019.

SEXTO. Propuesta de resolución.

El 16 de julio de 2021 el Director de Energía formuló propuesta de resolución del procedimiento. Por medio de la misma proponía:

*“**PRIMERO.** Declare que ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L.U. es responsable 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, como consecuencia del cambio de comercializador con pérdida del bono social de 4 consumidores vulnerables.*

***SEGUNDO.** Imponga a la citada sociedad una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil euros por cada uno de los cuatro cambios de suministro practicados (40.000) euros, salvo que, con carácter previo a la aprobación de la resolución, dicha sociedad ejercite la opción de reconocer voluntariamente su responsabilidad, en cuyo caso la multa será de trescientos veintiocho mil (32.000) 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 veinticuatro mil (24.000) euros.”*

La propuesta de resolución fue notificada a ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA el 22 de julio de 2021.

SÉPTIMO. Pago de la multa.

El 10 de agosto de 2021 ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA procedió al pago anticipado de la multa impuesta por importe de 32.000 euros.

OCTAVO. Alegaciones de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA a la propuesta de resolución.

El 12 de agosto de 2021 ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA presentó escrito de alegaciones en relación con el contenido de la propuesta de resolución. En ese escrito, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA niega los hechos imputados y su responsabilidad en los mismos, y, en todo caso, considera desproporcionada la sanción propuesta; no obstante lo cual, indica que ha procedido al pago anticipado de la sanción propuesta.

NOVENO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

El 6 de septiembre de 2021, la Dirección de Energía procedió a elevar a la Sala de Supervisión Regulatoria la propuesta de resolución, junto con las alegaciones recibidas de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, así como el resto del expediente administrativo.

HECHOS PROBADOS

Único.- ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA ha efectuado cuatro cambios de suministro de consumidores vulnerables, con la consecuente pérdida del bono social para los mismos, sin que se hubiera producido la renuncia expresa al bono social, que viene exigida para tales supuestos:

[CONFIDENCIAL]

Estos hechos han quedado acreditados como consecuencia de las actuaciones de supervisión de los cambios de suministro realizadas por la CNMC. Adicionalmente, en el marco del procedimiento, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA ha venido a reconocer, al respecto de los cuatro puntos de suministro mencionados, que se activó el cambio de suministro en su favor sin contar con esa renuncia expresa al bono social, afirmando, no obstante, en su descargo, que no sabía que esos consumidores estaban acogidos al bono social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por la infracción tipificada en el artículo 65.25 de dicha Ley (incumplimiento de las medidas de protección de los consumidores).

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

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

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

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, tipifica como infracción grave “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”.

La normativa sectorial ha brindado una especial protección a los consumidores vulnerables. Los artículos 45 y 46 de la citada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establecen el derecho de los consumidores vulnerables al bono social y las obligaciones de los comercializadores de energía eléctrica en relación al suministro. Asimismo, el artículo 43.3 de la Ley 24/2013 establece que *“Reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico”*.

Por su parte, el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, detalla (en su artículo 5) las obligaciones de información para la protección al consumidor que cumpla los requisitos para ser considerado vulnerable. Concretamente, el apartado 5 del citado artículo 5 especifica que, cuando un comercializador en mercado libre –como es el caso de ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA- vaya a contratar con un consumidor acogido al bono social, el primero deberá informar al consumidor de las consecuencias de la contratación en mercado libre (esto es, la pérdida del bono social). Concretamente, *“esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título “Renuncia a la aplicación del bono social”, que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII [del Real Decreto]”*.

De igual modo, con respecto a los consumidores acogidos al mercado regulado

(PVPC) que sin ser perceptores del bono social tengan voluntad de suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente que, si el consumidor cumplierse los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de dicho bono social.

Estando en vigor estas medidas de protección del consumidor desde el 8 de octubre de 2017, sin embargo, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA llevó a cabo los cuatro cambios de suministro de que trata el presente procedimiento en diciembre de 2017. ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA contrató el suministro con esos cuatro consumidores, que estaban acogidos al bono social, sin que los consumidores suscribieran el correspondiente documento de renuncia.

En sus alegaciones, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA alude al contenido de la disposición transitoria primera del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, como circunstancia que impediría considerar su actuación como un incumplimiento. Sin embargo, esta disposición establece lo siguiente:

“Los consumidores de energía eléctrica que, a la fecha en que entre en vigor la orden ministerial a la que se refiere el artículo 7.1, sean beneficiarios del bono social, dispondrán del plazo de seis meses desde la fecha de entrada en vigor de dicha orden para acreditar la condición de consumidor vulnerable de conformidad con lo dispuesto en este real decreto.

Transcurrido dicho plazo sin que la condición del consumidor vulnerable haya sido solicitada y acreditada, el bono social dejará de aplicarse a partir de la primera factura emitida por el comercializador de referencia, o bien en la factura inmediatamente posterior.”

Así, esta previsión normativa contempla un supuesto en el que los consumidores acogidos al bono social dejen de estarlo (si no acreditan su condición de consumidor vulnerable en un determinado plazo), pero no habilita a los comercializadores a incumplir sus obligaciones para con ellos en tanto tales consumidores se mantengan acogidos a dicho bono social. En el supuesto objeto del presente procedimiento sancionador, los cuatro consumidores de que se trata estaban debidamente acogidos al bono social, y no fue una previsión normativa, sino ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, quien les hizo perder el bono social, al haberles cambiado de suministrador.

IV. CULPABILIDAD DE ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

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, 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».

ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA dice que los consumidores de que se trata no le informaron de que estaban acogidos al bono social.

Ahora bien, lo cierto es que, en el presente caso, el procedimiento de contratación telefónica del suministro de que disponía ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA no permitía controlar si el consumidor estaba acogido al bono social. Entre las actuaciones llevadas a cabo por esta empresa (solicitud de consentimiento, confirmación de la titularidad del suministro, información de las condiciones de contratación, solicitud de datos de identificación del consumidor y de sus datos bancarios, y comprobación de los mismos, e información sobre el derecho de desistimiento) no figuraba ninguna relativa a la comprobación del bono social.

Dadas las obligaciones que se imponían a las comercializadoras a este respecto, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA no puede trasladar al consumidor la carga de velar por el cumplimiento de tales obligaciones. Ello es más evidente cuando consideramos que la naturaleza de las obligaciones que se le imponen a las empresas comercializadoras es, esencialmente, de tipo informativo (de información de parte del comercializador para con el consumidor), y resulta que en la actuación que lleva a cabo ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA se omite cualquier tipo de información a este respecto.

Por otra parte, el hecho de que en la base de datos de puntos de suministro aún no estuviese incluido el dato relativo al bono social, tampoco es excusa para no llevar a cabo actuaciones para asegurar el cumplimiento de las medidas de protección de los consumidores vulnerables. De hecho, como indicó la propuesta de resolución, la base de datos mencionada se actualiza mensualmente (por lo que la información que contiene no resulta nunca plenamente fiable a los efectos de verificar los datos sobre el tipo de contrato que tiene un consumidor). Precisamente, si ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA era concedora de que la base de datos no estaba actualizada en la fecha en que se produjeron los cambios de suministro, no resulta admisible que no desplegara una mayor diligencia a la hora de comprobar si los consumidores titulares de los suministros afectados por el cambio estaban o no acogidos al bono social.

En definitiva, establecidas en octubre de 2017 las medidas de protección del consumidor acogido al bono social, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA no puede sostener diligencia en su actuación cuando hay una ausencia completa de cualquier tipo de actividad por su parte para asegurar su correcta implementación.

V. SANCIÓN QUE SE IMPONE POR LA INFRACCIÓN COMETIDA.

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece que se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 67 determina que *“Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”*.

En este contexto, el instructor del procedimiento propuso la imposición de una multa de 40.000 euros (correspondiente a las infracciones en grado leve); la cual, considerando la actuación acreditada, y su afectación a cuatro consumidores, esta Sala estima proporcionada.

Como casos de terminación del procedimiento, el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, contempla tanto el caso de reconocimiento de responsabilidad como el de pago voluntario, previos a la resolución del procedimiento. Asimismo, el apartado 3 de este artículo 85 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad (opción que, en este caso, ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA ha rechazado de un modo expreso) como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí, las cuales quedan condicionadas al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA ha procedido al pago anticipado de la multa, habiendo pagado la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, conforme a la reducción del 20% por pago anticipado. En este sentido, aporta justificante del pago de 32.000 euros, efectuado el 10 de agosto de 2021.

De este modo, al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la propuesta de resolución, procede aplicar la reducción del 20% al importe de la sanción de 40.000 euros propuesta, quedando la misma en 32.000 euros.

Vistos los antecedentes y fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

Primero.- Declarar que ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de las medidas de protección de los consumidores vulnerables; correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de 40.000 (cuarenta mil) euros.

Segundo.- Aprobar la reducción del 20% sobre la referida sanción, establecida en el artículo 85, apartado 3 en relación con el apartado 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de 32.000 (treinta y dos mil) euros, que ya ha sido abonada por ENÉRGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA.

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

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

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

El presente acuerdo agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC.