

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD FACTOR ENERGIA, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

(SNC/DE/044/21)

CONSEJO. 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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de julio de 2022

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:

I. ANTECEDENTES

Primero. Acta de inspección.

Con fecha 2 de julio de 2019, la Dirección de Energía de la CNMC acordó el inicio de un procedimiento de inspección a la comercializadora FACTOR ENERGÍA, S.A. (en adelante, FACTOR) con el objeto de:

“Comprobar el cumplimiento de las obligaciones establecidas a las empresas comercializadoras en el punto 1. 1 del artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en el punto 2 del artículo 71 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

Comprobar la correcta contratación con el distribuidor de los peajes de acceso realizada en nombre del consumidor, en función de las características del contrato de cada suministro, confirmando la correspondencia entre la facturación emitida por el distribuidor y la facturación del suministro.

Comprobar cualesquiera otros elementos que, relacionados con el objeto de la visita, estime necesario examinar la inspección.”

Con fecha 10 de octubre de 2019, se levanta Acta de inspección a la comercializadora FACTOR sobre el objeto citado. En dicha acta, y a partir del

análisis de la documentación aportada sobre las potencias contratadas por los clientes y facturadas por la comercializadora, para las tarifas 3.0A y 3.1A, se comprueba que existen diferencias entre la potencia que aparece en las facturas emitidas a los clientes por la comercializadora y las facturas de peajes emitidas por la distribuidora a la comercializadora.

Esta diferencia se produce en al menos **[CONFIDENCIAL]**

Mediante esta forma de proceder, la comercializadora disminuye la potencia contratada con el distribuidor en nombre del cliente a cambio de abonar periódicamente al cliente, en algunos casos, un concepto denominado “*Ahorro por optimización de potencia*”, ahorro siempre inferior al que supondría aplicar en la factura la potencia real.

Con fecha 31 de octubre de 2019, FACTOR presenta alegaciones al Acta de Inspección. La comercializadora indica, en lo relativo a las modificaciones de potencias a los clientes, objeto de inspección, que estas se realizan “*previo estudio o análisis previo de las necesidades del cliente, llevada a cabo por él mismo o por un asesor energético; y que dicha modificación se realiza siempre a solicitud del cliente, mediante un trámite específico consistente en rellenar una plantilla de solicitud a la distribuidora por la que el cliente asume las consecuencias de la modificación contractual solicitada*”, y añade que el cliente asume también, como riesgo de esta modificación, la “*posible penalización en caso de rebasar el máxímetro la nueva potencia contratada*”.

Añade FACTOR en las alegaciones, que, en los casos en los que es la propia comercializadora la que analiza la posibilidad de optimizar la potencia (según la información obtenida del máxímetro que consta en las facturas de peaje), y considera posible la reducción de potencia, la solicita, en nombre del cliente, al amparo de la cláusula contractual específica, antes citada. En estos casos, sería FACTOR quien asumiría la posible penalización que pudiera derivarse al rebasar el cliente el máxímetro, y trasladaría el 50% del ahorro de la optimización al cliente, ahorro que en todo caso queda garantizado al cliente en términos contractuales.

Segundo. Actuaciones previas

Con fecha 4 de marzo de 2021, la directora de energía acuerda la apertura de un periodo de información previa y requerir a FACTOR con relación a los años 2019, 2020 y 2021:

“1) Indique el número de clientes suministrador por FACTOR con tarifas de acceso 3.0A y 3.1A en los que se incluye cláusula de optimización de potencia. Indique esta información por tarifa de acceso y año. La información deberá aportarse en formato Excel, según documento adjunto (Hoja1).

2) Para todos los puntos de suministro del apartado anterior en los que las potencias contratadas hayan sido modificadas con respecto a las que se firmaron inicialmente

entre el cliente y FACTOR, indique la información señalada a continuación, en formato Excel, según documento adjunto (Hoja2):

a) Fecha en la que se firmó el contrato entre el cliente y FACTOR, y la potencia contratada por periodo que consta en cada contrato de suministro.

b) Fecha en la que se activó el contrato de acceso, y potencias contratadas por periodo para dicho contrato de acceso.

c) Fecha en la que se modificaron las potencias contratadas en el contrato de acceso y nuevos valores de potencias. En caso de que se haya producido más de una modificación, indíquelo en diferentes líneas.

d) Potencia a facturar en cada período tarifario, según esté definido en el contrato firmado entre el cliente y FACTOR. Especifique: según artículo 9) del Real Decreto 1164/2001 para la facturación de la potencia en el contrato ATR, potencia contratada u otro (especificar).

e) Importe, en €, sin impuestos, facturado por la distribuidora en concepto de potencia del contrato ATR, desde la fecha en que se modifican las potencias del contrato ATR, y durante el periodo en que se mantienen dichas potencias.

f) Importe, en €, sin impuestos, facturado por FACTOR al cliente en concepto de potencia de cada contrato, desde la fecha en que se modifican las potencias del contrato ATR, y durante el periodo en que se mantienen dichas potencias.

g) Importe, en €, sin impuestos, que habría facturado FACTOR al cliente en concepto de potencia si hubiera considerado la potencia del contrato ATR, desde la fecha en que se modifican las potencias del contrato ATR, y durante el periodo en que se mantienen dichas potencias.

h) Importe, en €, sin impuestos, descontado en las facturas, correspondiente al “ahorro de la optimización al cliente”.

i) Documento en el que se haya informado al consumidor sobre la modificación de potencia realizada ante la distribuidora.

3) Para cada uno de los siguientes CUPS: **[CONFIDENCIAL]**

a) Indique cómo ha informado al consumidor de la modificación de la potencia de la tarifa de acceso, así como de los componentes de la facturación del de dicha tarifa de acceso a estos clientes, en particular:

1. Desglose de los importes correspondientes a los peajes, según define el artículo 16.7 de la Ley 24/2013.

2. Los datos necesarios para el cálculo de la tarifa de acceso, según define el artículo 3.5 del Real Decreto 1435/2002, para los suministros en baja tensión.

b) Aporte la factura emitida al consumidor del mes de diciembre de 2020.”

Tras la concesión de la ampliación de plazo solicitada, con fecha 26 de marzo de 2021 FACTOR atendió el requerimiento de información cursado facilitando los datos requeridos en los términos que constan en el expediente administrativo.

Tercero. Incoación del procedimiento sancionador

El 27 de septiembre de 2021, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Directora de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra FACTOR como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico), por el incumplimiento de las medidas de protección al consumidor

Según el acuerdo de incoación, los hechos que motivaron la incoación del procedimiento radican en la posible vulneración del contenido de los artículos 44.1.d) y j) de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con las reducciones de potencia a un conjunto de, al menos 10 CUPS.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 1 de octubre de 2021. FACTOR accedió a la notificación el mismo día, según obra en el expediente administrativo.

Cuarto. Alegaciones de FACTOR ENERGIA al acuerdo de incoación

Tras solicitud de ampliación de plazo y su concesión por la CNMC, con fecha de 25 de octubre de 2021 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de FACTOR al acuerdo de incoación, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- El artículo 5 del Real Decreto 1164/2001 permite al consumidor modificar la potencia contratada. En los casos en los que consumidor solicita una modificación de la potencia, ésta suele venir precedida de un estudio previo de sus necesidades. Por tanto, en estos casos, la modificación se produce a instancia del consumidor sin la que la comercializadora participe en la decisión de la modificación, más allá del traslado de la solicitud al distribuidor.
- Una vez que la distribuidora acepta la modificación, el cliente asume el riesgo y el beneficio del cambio. A modo de ejemplo del proceder descrito cita FACTOR el supuesto del CUPS [CONFIDENCIAL]
- Sin embargo, en la mayoría de los casos el consumidor no realiza una labor de análisis y muestra una actitud pasiva. En este contexto, FACTOR, con amparo en una cláusula incorporada a sus contratos de suministro, realiza estudios para analizar si hay opción de optimizar la potencia de sus consumidores. Así, FACTOR solicita a los distribuidores, a instancia de los consumidores, una reducción de la potencia contratada.
- De forma proactiva y en beneficio del cliente FACTOR solicita la reducción de la potencia al distribuidor. FACTOR asume el riesgo de que si el

- consumidor excede de la nueva potencia contratada el comercializador asume el cargo generado.
- El ahorro generado por el cambio es trasladado parcialmente al consumidor reservándose FACTOR otra parte del ahorro en concepto de retribución del estudio y resarcimiento de los costes de gestión.
 - Esta praxis es compatible con el Código Civil (artículo 1255) y con la normativa sectorial energética.
 - Los detalles de la aplicación de la praxis son expuestos al consumidor a través de una carta explicativa junto a la factura en la que trimestralmente se procede al abono de parte del ahorro.
 - En algunas modalidades de contratación la información es aún más explícita ya que se garantiza un ahorro mínimo anual.
 - Al margen de los medios facilitados por FACTOR para informar a los consumidores, adicionalmente, en el área privada de los consumidores en la web de FACTOR, se dispone de información sobre los términos y ahorros obtenidos por los consumidores desglosando información sobre CUPS, periodo, factura, tarifa, potencia ATR, potencia facturada, energía, potencia reactiva y alquiler.
 - La mayoría de los consumidores a los que se ha efectuado esta práctica son personas jurídicas, empresas o autónomos que desarrollan actividades comerciales o industriales.

FACTOR finaliza su escrito solicitando que se archive el procedimiento y solicitando la práctica de prueba documental consistente en la incorporación de determinados documentos.

Quinto. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 8 de marzo de 2022 se incorporaron al expediente las cuentas de FACTOR correspondientes al año 2020, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Barcelona de 8 de marzo de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 232.720.606 euros.

Sexto. Propuesta de resolución

El 8 de junio de 2022 la Directora de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente expediente sancionador, que:

“PRIMERO. Declare que FACTOR ENERGIA, S.A. 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 72.500 (setenta y dos mil quinientos euros)."*

Asimismo, se comunicó a la interesada que podía reconocer su responsabilidad y proceder al pago voluntario de la sanción a los efectos de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

Con fecha 13 de junio de 2022 a las 09:20 horas, FACTOR accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 10 de junio, según obra en el expediente administrativo.

Séptimo. Escrito de FACTOR ENERGIA tras la propuesta de resolución. Pago voluntario.

Con fecha 14 de junio de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de FACTOR ENERGIA a la propuesta de resolución, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que tiene voluntad de efectuar el pago voluntario para lo que solicita le sea facilitado el correspondiente documento de ingreso.

Por todo lo anterior, concluye su escrito solicitando que se tengan por hechas las manifestaciones para acogerse a la reducción del 20% de pago voluntario prevista en el artículo 85 de la LPAC.

Tras la remisión del correspondiente Modelo 069, consta ingreso efectuado por FACTOR ENERGIA por importe de 58.000 euros con fecha 20 de junio de 2022.

Octavo. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 23 de junio de 2022, 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.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, en el presente procedimiento sancionador se consideran

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. FACTOR incluyó en las facturas datos contradictorios para el cálculo de la tarifa de acceso.

Según consta acreditado en las diligencias previas practicadas (Folios 11 y 20 a 27 del expediente administrativo), en las facturas que emite FACTOR en el mes

de diciembre de 2020 no figuran los datos que son necesarios su cálculo. Esto resulta así acreditado a la vista de las facturas que ha emitido FACTOR a los siguiente CUPS: **[CONFIDENCIAL]**

Adicionalmente, en las facturas de diciembre de los siguientes CUPS el importe correspondiente al peaje de potencia no está correctamente sumado: **[CONFIDENCIAL]**

SEGUNDO. FACTOR modificó la potencia contratada en 9 puntos de suministro de energía sin que los consumidores conocieran y autorizaran previamente tal medida.

FACTOR modificó, en el periodo de facturación de diciembre de 2020, la potencia contratada de los suministros correspondientes con la relación de CUPS que constan en el Antecedente Segundo de la presente resolución. La modificación contractual no fue previamente informada a los consumidores titulares de los siguientes CUPS: **[CONFIDENCIAL]**

Estos hechos han sido reconocidos por FACTOR, en su escrito de alegaciones de fecha 25 de octubre de 2021 en los siguientes términos: *“Esto es, a iniciativa propia, en beneficio del cliente y de forma proactiva, Factor Energía solicita a la distribuidora la reducción de la potencia contratada.”*; *“(…) la mencionada optimización de potencia realizada de forma proactiva por la comercializadora sólo puede redundar en un beneficio para el Cliente.”* (Folio 53 del expediente administrativo).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial de la CNMC

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones graves por la infracción tipificada en el artículo 65.25 de dicha Ley.

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.

Segundo. Procedimiento aplicable

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.

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 y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador. 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, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Tercero. Tipificación de los hechos probados

El artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones graves, *“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”*.

Por una parte, el artículo 46.1 de la Ley del Sector Eléctrico, establece como una de las obligaciones de las empresas comercializadoras: *“j) Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente.”*.

- a) Medida de protección sobre la información que deben hacer constar los comercializadores en sus facturas.

En el artículo 3.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, se establece que:

«Los comercializadores en sus facturas a los consumidores deberán necesariamente hacer constar el Código Unificado de Punto de Suministro, el número de póliza de contrato de acceso, la tarifa de acceso a que estuviese acogido el suministro, los datos necesarios para el cálculo de dicha tarifa de acceso y la fecha de finalización del contrato.»

Este apartado 5 del artículo 3 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, fue introducido por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, y supone un plus de información al consumidor respecto de la obligación que ya estaba contemplada en el artículo 81.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, el cual ya preveía que, al menos anualmente, el comercializador que contratara el acceso por cuenta de su consumidor debía informar específicamente al mismo acerca de la facturación detallada de la tarifa de acceso:

“En el caso en que el consumidor cualificado opte por contratar conjuntamente la adquisición de la energía y el acceso a las redes con un comercializador u otro sujeto cualificado, estos últimos sólo podrán contratar con el distribuidor el

acceso a las redes en nombre de aquéllos, quedando obligados a comunicar la duración del contrato de adquisición de energía, el cual no será efectivo hasta que no se disponga del acceso a la red. En estos casos el comercializador o sujeto cualificado estará obligado a informar al consumidor, con carácter anual, del importe detallado de la facturación correspondiente a la tarifa de acceso que haya contratado en su nombre con el distribuidor, salvo que el consumidor decida que desea que se le informe en cada facturación, en cuyo caso el comercializador está obligado a remitírsela.”

Pues bien, a efectos de poder realizar el cálculo preciso de la facturación de la tarifa de acceso, se hace necesario, de una parte, saber la concreta potencia contratada que el consumidor tiene en cada uno de los periodos horarios (que son 3 valores desconocidos para el consumidor a la luz de las facturas recabadas por esta CNMC en las actuaciones previas de fecha 4 de marzo de 2021) para poder realizar el cálculo adecuado en relación a la máxima potencia que reflejan los máxímetros en cada periodo horario, así como los consumos correspondientes al periodo de facturación. De otra parte, resultan necesarios los precios aplicables de las tarifas de acceso.

Tal y como se ha indicado en el Hecho probado primero y para los CUPS señalados, FACTOR no ha incluido en la factura del mes de diciembre de 2020 los datos que resultan necesarios para su cálculo y por tanto impiden el correcto cálculo de la tarifa de acceso, como exige la normativa reglamentaria de plena aplicación.

- b) Medida de protección sobre los derechos del consumidor a ser debidamente avisado de la intención de modificar las condiciones del contrato por parte del comercializador y a recibir información transparente sobre los precios y condiciones generales al acceso y suministro de energía eléctrica.

La Ley del Sector Eléctrico establece como derechos del consumidor «*recibir información transparente sobre los precios y condiciones generales aplicables al acceso y al suministro de energía eléctrica*» (**artículo 44.1.j)**), «*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, ser notificados de forma directa por su suministrador sobre cualquier revisión de los precios derivada de las condiciones previstas en el contrato //en el momento en que ésta se produzca, y no más tarde de un período de facturación después de que haya entrado en vigor dicha revisión, de forma transparente y comprensible [redacción vigente a partir del 7-10-2018 y hasta 27-10-2021]//, con al menos un mes de antelación a su aplicación de forma transparente y comprensible [redacción vigente a partir del 28-10-2021]*» (**artículo 44.1.e)**) y «*formalizar ...un contrato de suministro con la empresa suministradora de electricidad,...en el que se especifique..5ºla información actualizada sobre precios y tarifas aplicables y, en su caso, disposición oficial donde se fijen los mismos...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.» (artículo 44.1.d))

Por su parte, el artículo 1 del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, establece que las tarifas de acceso serán de aplicación a consumidores por cada punto de suministro, y que los comercializadores actuarán como mandatarios en nombre de los consumidores. En este sentido, ha de entenderse que el comercializador, tiene el encargo de representar al consumidor en determinados actos como puede ser la modificación del contrato de acceso y en particular, de la potencia contratada asociada a dicho contrato.

Sin embargo, si bien el consumidor puede autorizar al comercializador a que modifique la potencia contratada, no puede inferirse de la indicada autorización que el comercializador pueda actuar libremente modificando este parámetro sin transparencia alguna. En este sentido, cabe señalar que la regulación prevé que sea el consumidor el que elija la potencia que desea contratar, sin perjuicio de que el comercializador pueda asesorarle con carácter previo a la modificación. Así lo reconoce el artículo 5.4.1º del citado Real Decreto 1164/2001 *«El consumidor o su mandatario, de acuerdo con el ámbito de aplicación de las tarifas de acceso establecido en el artículo 1, apartado 1, del presente Real Decreto, podrá elegir la tarifa y modalidad que estime más conveniente a sus intereses entre las oficialmente autorizadas para el uso de las redes por el suministro de energía que el mismo desee demandar, siempre que cumpla las condiciones establecidas en el presente Real Decreto. Asimismo, el consumidor podrá elegir la potencia a contratar, debiendo ajustarse, en su caso, a los escalones correspondientes a los de intensidad normalizados para los aparatos de control»*.

Finalmente, reiterar que se ha incumplido la obligación del comercializador prevista en el artículo 46.1.j) de la Ley del Sector Eléctrico, significándose que las medidas de protección al consumidor referidas en el tipo infractor están contenidas en el artículo 44 de misma Ley y traídas de la normativa europea. Por tanto, el incumplimiento de cualquiera de los derechos de los consumidores tanto legales como reglamentarios, indicados en dicho precepto por parte de una comercializadora supone la comisión de la citada infracción grave.

Así pues, en relación con el necesario desglose de las facturaciones y la información que debe figurar en el contrato, los hechos probados determinan que se ha incumplido la obligación prevista en el artículo 44.1.j) y 44.1.d) 5º de la Ley del Sector Eléctrico, y artículo 3.5 del Real Decreto 1435/2002.

Asimismo, el hecho de modificar – sin conocimiento ni consentimiento previo de sus clientes – las potencias de sus correspondientes contratos de suministro, 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 (a ser debidamente avisado de la intención de modificar las condiciones del contrato por parte del comercializador, a recibir información transparente sobre los precios y condiciones generales al acceso y suministro de energía eléctrica..), previstos en el artículo 44.1 d), penúltimo inciso, 44.1 e) y 44.1.j) de la Ley del Sector Eléctrico.

Sostiene FACTOR, en síntesis, que: (i) ante la actitud “pasiva” de algunos consumidores, el comercializador realiza de forma proactiva un estudio de optimización de la potencia del consumidor; (ii) el ahorro derivado de la reducción de la potencia se abona parcialmente al consumidor; y (iii) FACTOR informa al cliente de la práctica realizada.

Sin embargo, tal y como se indica en la propuesta de resolución, no son admisibles los argumentos esgrimidos por la comercializadora al objeto de justificar su conducta, por cuanto, los comportamientos pasivos de los consumidores, en modo alguno, legitiman la actuación de FACTOR. El comercializador actúa sin consentimiento ni conocimiento expreso y previo del consumidor. La inacción de los consumidores no es una suerte de título habilitante para que el comercializador proceda a cambiar la potencia que el consumidor tiene contratada con el distribuidor, por muy ineficiente que esta pudiera ser.

Esta falta de consentimiento y conocimiento previo y expreso comporta, como ya se ha indicado, una vulneración de los derechos de los consumidores y, por tanto, es una conducta subsumible en el tipo imputado.

No obstante lo anterior, reiterar lo indicado en la propuesta de resolución, a fin de agotar la argumentación dada por el comercializador, procede indicar lo siguiente: (i) Respecto al abono del supuesto ahorro generado -derivado de lo que la comercializadora define como “optimización” de la potencia-, según reconoce el comercializador, es una devolución parcial que se abona de forma trimestral. Este hecho acredita que la “optimización” practicada por el comercializador no tiene por objeto ni el interés económico del consumidor “pasivo” ni responde a criterios de eficiencia energética orientadas a una mejora del sistema eléctrico. La práctica irregular pretende la obtención de un beneficio para la comercializadora -que parcialmente repercute en el consumidor- utilizando la situación contractual del consumidor como un medio instrumental para la obtención de un beneficio económico de FACTOR. (ii) Alega FACTOR que informa, a través de distintos medios, al consumidor de la actuación realizada y que con ello no vulnera ninguna disposición de la normativa. Sin embargo, al respecto procede indicar que la información dada al consumidor resulta manifiestamente extemporánea; es una información que no permite al consumidor decidir libre y anticipadamente acerca de su decisión de contratar determinada potencia y, adicionalmente, es una información que se materializa en todo caso con un descuento en la facturación; esto es, una vez consumado el cambio de potencia.

Además, no cabe olvidar que el hecho de modificar unilateralmente la potencia contratada del consumidor podría llegar a perjudicar al consumidor puesto que la normativa prevé que se le puede denegar una modificación de la potencia contratada en su contrato de acceso a la red si no han transcurrido doce meses desde la última modificación (artículo 5.4.3º RD 1164/2001). Es decir, que si el consumidor necesitara una ampliación de la potencia contratada (porque decidiera ampliar su negocio) en menos de doce meses desde que fue activada ante el distribuidor la bajada de la potencia contratada que FACTOR gestionó sin consentimiento ni conocimiento expreso del consumidor, ésta podría ser denegada por el distribuidor. Además, y aunque FACTOR pudiera argumentar que se podría hacer cargo de los excesos de potencia en los que incurriera el consumidor, esto no sería posible en el caso de que el consumidor decida cambiarse a otro comercializador porque le facturaría los excesos en los que incurriese, que es lo habitual.

En definitiva, una vez desestimadas las alegaciones de FACTOR al respecto, y considerando, por un lado, los hechos probados señalados, y por el otro, las medidas concretas de protección al consumidor establecidas en los artículos 44.1.d, 44.1.e) y 44.1.j) de la Ley 24/2013 y el tipo infractor fijado en el artículo 65.25 de dicha ley, procede confirmar que FACTOR 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.

Por lo expuesto, ha de concluirse que las circunstancias determinadas en los Hechos Probados son subsumibles en el tipo sancionador recogido en el artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico. La modificación unilateral de la potencia, así como la deficiente información de las facturas emitidas, determinan un incumplimiento de las obligaciones que están claramente definidas en la Ley del Sector Eléctrico; concretamente, en sus artículos 46 y 44.

Cuarto. 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*».

La diligencia que es exigible a un comercializador a los efectos de desempeñar la actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos y, en concreto, las relativas a la protección de los consumidores.

La conducta de FACTOR y el incumplimiento que la misma comporta se enmarca en el bloque normativo que tiene por objeto velar por la protección de los consumidores domésticos de energía eléctrica.

Ello comporta la necesidad de que los comercializadores no lleven a cabo de forma unilateral la modificación de la potencia contratada por los consumidores y de que informen al consumidor con transparencia de los cambios a realizar y una vez realizados.

En el presente caso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, dichas medidas de protección al consumidor no han sido observadas por FACTOR en el marco de la política comercial que consciente y voluntariamente ha diseñado y llevado a cabo en los términos definidos por los hechos probados. En consecuencia, FACTOR ha sido responsable dolosamente de la implementación de política comercial vulneradora de las medidas de protección del consumidor descritas en los Hechos Probados.

Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la Propuesta de Resolución se indicaba que FACTOR, como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con los efectos previstos en el artículo 85. En el expediente administrativo se observa que esta empresa por medio de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución no ha reconocido su responsabilidad.

Sin embargo, de acuerdo con el segundo apartado del citado artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado que la sanción 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, en el caso 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 aplicará una reducción del 20% sobre el importe de la sanción propuesta.

En el presente caso, consta que FACTOR ha procedido a pagar la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a la reducción aplicable, mediante ingreso con fecha 20 de junio de 2022.

De este modo, al haberse realizado el pago voluntario referido por parte de FACTOR procede aplicar la reducción del 20% al importe de la sanción de

72.500 (setenta y dos mil quinientos) euros propuesta, quedando la misma en 58.000 (cincuenta y ocho mil) euros.

Vistos los anteriores 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho sexto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a la entidad FACTOR ENERGIA, S.A.

SEGUNDO. — Aprobar la reducción del 20% sobre la sanción de setenta y dos mil quinientos (72.500) euros contenida en la propuesta del instructor, establecida en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartado 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción en un 20% a la cuantía de cincuenta y ocho mil (58.000) euros, que ya ha sido abonada por FACTOR ENERGIA, S.A.

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.

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, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.