

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A GAOLANIA SERVICIOS, S.L., POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

SNC/DE/066/21

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:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Presentación de escrito de denuncia

Con fecha 8 de octubre de 2020 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de denuncia del representante de **[CONFIDENCIAL]**:

“Ayer día 07/10/2020 nos comunicó nuestro actual distribuidor de energía, VITA CAPITAL TRADING, S.L. (B87205977), que habían recibido una petición de baja como cliente, solicitado por la compañía GAOLANIA SERVICIOS, S.L. (B98717457), y JAMÁS hemos solicitado cambio alguno, por lo que han hecho esto sin nuestro consentimiento. Todo esto viene provocado por una discrepancia con una factura que nos pasaron el 17 julio de 2020, cuando ya no éramos clientes de ellos, donde nos quieren cobrar un importe derivado de un concepto ambiguo y sin fechas concretas del hecho. Adjuntamos copia de dicha factura para que puedan comprobarlo.

Por lo que entendemos que es de justicia, que se proceda a la retrocesión de la solicitud de cambio que han realizado sin nuestro consentimiento. Adjuntamos también la solicitud de reactivación que les firmamos ayer mismo a la actual proveedora de energía.”

SEGUNDO. Actuaciones previas

Uno. Solicitud de información a GAOLANIA SERVICIOS, S.L.

El 13 de noviembre de 2020, en el marco de las diligencias previas reguladas en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la Dirección de Energía de la CNMC, a fin de conocer las circunstancias concretas de la denuncia, se requirió a GAOLANIA SERVICIOS, S.L. (en adelante GAOLANIA) la siguiente información:

- *“Aporte copia de la documentación que estime conveniente en relación con los hechos que se describen en la denuncia y, en particular, los documentos contractuales u otra acreditación del consentimiento expreso del consumidor sobre cuya base se han procedido a solicitar el cambio de comercializador a GAOLANIA SERVICIOS S.L.*
- *Envíe copia de las facturas generadas, fechas de alta y baja en los contratos.*
- *Acredite el historial de comunicaciones con el denunciante, y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente, en particular, el detalle del procedimiento seguido para tramitar la reclamación, los plazos y el sistema de reembolso y/o compensación utilizado, en su caso.”*

Con fecha 27 de noviembre de 2020 GAOLANIA presentó escrito de alegaciones en el que manifestó, en síntesis, respecto a la discrepancia con la facturación originada por anomalía en el contador, lo siguiente:

- El denunciante contrató el suministro con GAOLANIA a finales de marzo de 2019.
- GAOLANIA facturó, el 17 de julio de 2020, al denunciante el importe de la energía erróneamente computada debido a una anomalía en el contador detectada por la distribuidora EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U.
- Tras la facturación se sucedieron distintas comunicaciones entre denunciante, comercializador y distribuidor, a fin de esclarecer el origen y el motivo de la refacturación.
- El denunciante inicialmente se negó a abonar la factura; sin embargo, posteriormente el denunciante abonó tanto la factura original como la derivada de los gastos de reclamación.

En cuanto al cambio de comercializador, GAOLANIA manifiesta:

- El denunciante dejó de ser cliente de GAOLANIA a partir del 14 de junio de 2020.
- Con fecha 30 de septiembre de 2020, GAOLANIA activó de nuevo el contrato del denunciante, considerando que esa era la voluntad de **[CONFIDENCIAL]**.
- Con fecha 23 de octubre de 2020, el denunciante solicitó nuevo cambio de comercializador.

Dos. Solicitud de información a la denunciante

Mediante oficio de fecha 9 de febrero de 2021 se cursó comunicación a la sociedad denunciante a fin de informarle acerca de la incoación de las diligencias practicadas y solicitar la valoración de hechos expuestos por la comercializadora.

A través de correo electrónico cursado al Buzón de Cambio de Comercializador de la Dirección de Energía de fecha 17 de febrero de 2021 la representación legal de la denunciante expuso su valoración de los hechos y concluyó su escrito manifestando: *“Resumiendo, GAOLANIA SERVICIOS, S.L. (GANA ENERGIA) ha usado artimañas ilegales para retroceder nuestra cuenta con VITA CAPITAL, sin consentimiento expreso ni firma alguna por nuestra parte. Y solo con el fin de que pagásemos una factura cuyo concepto nadie nos ha acreditado nunca. Por lo que no nos quedó otra opción que atender el pago, pues nos avisó la empresa que realiza los cortes, conminándonos a hacerlo de inmediato, para evitar el corte de suministro a nuestra empresa”.*

Tres. Solicitud de información a EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U.

Con fecha 23 de febrero de 2021 se cursó a EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U. (en adelante, ENDESA) requerimiento de información, en el marco de las diligencias previas practicadas a fin de esclarecer los hechos denunciados, sobre los siguientes extremos:

1. Cambios de comercializador y comercializadores entrantes y salientes, titulares de los contratos, así como copia de los mensajes relacionados con los cambios de comercializador, y todo ello sobre el CUPS [CONFIDENCIAL] desde el 1 de enero de 2020 hasta la fecha de recepción del presente requerimiento.
2. Facturaciones y refacturaciones emitidas por la distribuidora, razones de las mismas, así como copia de los mensajes relacionados, y todo ello sobre el CUPS [CONFIDENCIAL] desde el 1 de enero de 2020 hasta la fecha de recepción del presente requerimiento.
3. Solicitudes de corte de suministro por parte de los comercializadores, solicitudes de anulación del corte, incluyendo las fechas de solicitud, motivo del corte, copia de los mensajes relacionados con las solicitudes de corte y cualquier otra información relativo a ellos. Además, cualquier otra actuación realizada por el distribuidor sobre el punto de suministro.
4. Acredite el historial de comunicaciones con el denunciante, y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente, en particular, el detalle del procedimiento seguido para tramitar la reclamación, los plazos y el sistema de reembolso y/o compensación utilizada, en su caso.

Con fecha 10 de marzo de 2021 ENDESA atendió el requerimiento cursado facilitando, mediante archivos “zip” y “pdf”, la información requerida, según consta en el expediente administrativo.

TERCERO. Acuerdo de incoación

Con fecha 18 de octubre de 2021 la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) 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 (en adelante «Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra GAOLANIA SERVICIOS como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, por el incumplimiento de sus obligaciones en relación con las medidas de protección al consumidor.

Según el acuerdo de incoación, los hechos concretos imputados radican en relación con el presunto cambio de suministrador sin consentimiento practicado al 30 de septiembre de 2020, al titular del suministro de electricidad CUPS [CONFIDENCIAL].

El acuerdo fue notificado telemáticamente a la empresa el día 20 de octubre de 2021.

CUARTO. Alegaciones de GAOLANIA SERVICIOS al acuerdo de incoación.

Tras la concesión de la ampliación de plazo solicitada y el acceso al expediente, la empresa GAOLANIA SERVICIOS, con fecha 11 de noviembre de 2021, presentó en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que el consumidor dejó de ser cliente de GAOLANIA el 14 de junio de 2020; sin embargo, no tuvo conocimiento del cambio hasta octubre de 2020 debido a una incorrecta tramitación de la nueva comercializadora.
- Que GAOLANIA solicitó el cambio de comercializador el 30 de septiembre de 2020, activándose de nuevo la relación con el consumidor.
- Que en el mes de noviembre de 2020 GAOLANIA facturó al consumidor denunciante el periodo comprendido entre septiembre y octubre de 2020 sin oposición por parte del consumidor.
- Que los hechos imputados no son subsumibles en el tipo regulado en el artículo 65.25 de la Ley sectorial, sino en el artículo 66.4, correspondiente a la infracción leve.

Por todo lo anterior, concluye su escrito de alegaciones solicitando que se archiven las actuaciones por falta de hechos punibles imputables a GAOLANIA y, subsidiariamente, se subsuma en el tipo infractor leve del artículo 66.4 de la Ley del Sector Eléctrico, con propuesta de sanción en el grado mínimo.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 12 de mayo de 2022 se incorporaron al expediente las cuentas de GAOLANIA SERVICIOS correspondientes al año 2020, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Valencia de 12 de mayo de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 19.336.977,05 euros.

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 13 de mayo de 2022 la Directora de Energía 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 procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que la empresa GAOLANIA SERVICIOS S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve continuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro.

SEGUNDO. Imponga a GAOLANIA SERVICIOS S.L. por ello una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil euros (20.000) euros por la comisión de la anterior infracción.”

Con fecha 19 de mayo de 2022 a las 10:07 horas, GAOLANIA SERVICIOS accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día anterior, según obra en el expediente administrativo.

SÉPTIMO. Alegaciones de GAOLANIA SERVICIOS a la propuesta de Resolución

Por escrito de 26 de mayo de 2022, GAOLANIA SERVICIOS efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución acogiéndose a las reducciones del 20% en virtud de pronto pago y 20% por reconocimiento de la responsabilidad, conforme a lo estipulado en la propuesta solicitando la expedición del correspondiente modelo de ingresos no tributarios.

Tras la remisión del correspondiente modelo, con fecha 14 de junio de 2022 tiene entrada escrito de GAOLANIA SERVICIOS adjuntando extracto del pago de la sanción en su importe reducido (40%) por 12.000 euros del día 2 de junio de 2022.

OCTAVO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por 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.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se considera HECHO PROBADO de este procedimiento que:

ÚNICO. GAOLANIA SERVICIOS, S.L. procedió al cambio de empresa comercializadora a su favor del suministro de energía eléctrica de la titular del CUPS [CONFIDENCIAL], sin su consentimiento.

Este hecho ha quedado acreditado a través de la información facilitada por el distribuidor ENDESA, atendiendo al requerimiento de información cursado en las actuaciones previas del procedimiento (folio 81), así como por el propio reconocimiento por parte de GAOLANIA SERVICIOS de los hechos y alegaciones recogidos en el expediente administrativo, constando probado y reconocido que GAOLANIA solicitó el cambio de comercializador en fecha 30 de septiembre de 2020, activándose de nuevo al cliente como alta a partir de esa fecha, (...)" (Folio 169 del expediente administrativo).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético debiendo realizar propuesta de Resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 24/2013), se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 66.4 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.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

Resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo II del Título X de la Ley 24/2013. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses.

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

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 66 de la Ley 24/2013, contempla entre las infracciones leves, en su apartado 4: *“4. El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.”*

De acuerdo con el Hecho Probado único de la presente resolución, GAOLANIA SERVICIOS procedió a cambiar de empresa de energía eléctrica a la consumidora denunciante con CUPS [CONFIDENCIAL], sin su consentimiento.

Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, tras la recalificación de la infracción prevista en la propuesta de resolución, con la que resulta conforme esta Sala.

Así pues, con dicha conducta se infringieron, en consecuencia, los derechos de la denunciante establecidos en el artículo 44 de la Ley 24/2013 en relación con la elección de suministrador y formalización de un contrato de suministro con la empresa comercializadora, según resultan de lo establecido en sus letras c) y d). Correlativamente, con dicha conducta se incumple así mismo la obligación establecida para las empresas comercializadoras en el artículo 46.1 letra g) de la Ley 24/2013, en lo referente a formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación.

En este sentido, el artículo 47.4 de la citada Ley 24/2013 dispone que el incumplimiento por un comercializador de cualquiera de las obligaciones que le son exigibles en el ejercicio de su actividad será sancionado de acuerdo con lo establecido en el título X de dicha norma legal.

En definitiva, respecto del CUPS titularidad de la denunciante sí se produjo un cambio de suministrador efectuado unilateralmente por la comercializadora GAOLANIA SERVICIOS el 30 de septiembre de 2020 sin el consentimiento de la denunciante y esta circunstancia determina el incumplimiento de los requisitos de contratación con la denunciante para el citado CUPS, establecidos legalmente y según ya se ha señalado.

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»*.

La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos.

Entre éstas se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador: artículo 44 c) de la Ley 24/2013 y correlativa a tal derecho del consumidor, es la de asegurarse de que la voluntad del consumidor para el cambio de comercializador ha sido eficaz y correctamente otorgada.

En consecuencia, la primera de las garantías que incumbe a una empresa comercializadora a la hora de contratar con un consumidor es asegurarse contar con el consentimiento de éste, en cuanto titular del contrato de suministro que se suscribe.

En el presente caso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, las eventuales discrepancias en la facturación entre el consumidor y el comercializador -que no son objeto del presente procedimiento- parecen ser la motivación del comercializador para activar nueva y conscientemente un cambio de comercializador sin el consentimiento del consumidor a fin de practicar una facturación sobre los consumos controvertidos. Este hecho permite acreditar de forma indubitada la nítida voluntad del comercializador GAOLANIA SERVICIOS de realizar la conducta prohibida por la norma, con total y absoluta independencia de la controversia que pudiera existir entre comercializador y

consumidor que, como ya se ha indicado, no es objeto del presente procedimiento ni legitima en modo alguno la vulneración de la norma en materia de contratación.

En definitiva, la consideración conjunta de todas las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa revela que el cambio de comercializadora a favor de GAOLANIA SERVICIOS sin el consentimiento de la persona titular del suministro con el CUPS denunciado fue realizado por la comercializadora con una evidente intencionalidad en la realización de la conducta imputada, por lo que se le responsabiliza de la misma a título de dolo, según consta en el expediente administrativo. Asimismo, como se ha expuesto, GAOLANIA SERVICIOS también 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 GAOLANIA SERVICIOS 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 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 aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí.

Por medio de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, GAOLANIA SERVICIOS ha reconocido su responsabilidad y manifestó su voluntad de efectuar el pago voluntario de la sanción propuesta con las reducciones pertinentes. Asimismo, mediante transferencia con fecha 2 de junio de 2022, GAOLANIA SERVICIOS 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 GAOLANIA SERVICIOS 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 20.000 (veinte mil) euros, quedando en 12.000 (doce 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 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 GAOLANIA SERVICIOS, S.L.

SEGUNDO. Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de 20.000 (veinte mil) euros contenida en la propuesta del instructor, establecida 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 12.000 (doce mil) euros, que ya ha sido abonada por GAOLANIA SERVICIOS, S.L.

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 al interesado.

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.