

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO.

(SNC/DE/070/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D^a M^a Ángeles Rodríguez Paraja, Vicesecretaria

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022

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 y 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES

Primero. Apertura de procedimiento IS/DE/020/20 de verificación del consentimiento al cambio de comercializador en el periodo entre el 1 de julio de 2019 y el 30 de junio de 2020.

En el marco del procedimiento de verificación del efectivo consentimiento al cambio de comercializador durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2019 y el 30 de junio de 2020, de referencia IS/DE/020/20, el Director de Energía de la CNMC, en fecha 4 de diciembre de 2020, requirió a ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L., (en adelante ALTERNA) el soporte documental que acreditase el consentimiento de un listado de CUPS.

Con fecha 25 de enero de 2021, ALTERNA contestó al citado requerimiento de información aportando determinada documentación.

Una vez analizada la información remitida por ALTERNA, con fecha 12 de mayo de 2021, se remite por la CNMC, en el marco del procedimiento de verificación del consentimiento IS/DE/020/20, nuevo requerimiento de información adicional sobre los CUPS cuyo consentimiento resultaba dudoso o no acreditado, remitiendo ALTERNA en fecha 10 de junio de 2021, nuevo escrito de alegaciones aportando determinada documentación adicional.

Analizada la documentación aportada, se concluye con la presunta existencia de los 43 CUPS, que se identifican a continuación, tanto en el ámbito de electricidad como en el de gas, sobre los que ALTERNA no había aportado documentación alguna, vulnerando con ello la obligación de disponer en todo momento de la documentación que pueda acreditar el consentimiento del consumidor al cambio de comercializador, según disponen respectivamente la Disposición Adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009, para el sector eléctrico, y en el artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002, para el sector gasista.

Relación de CUPS (19) en el sector eléctrico:

[CONFIDENCIAL]

Relación de CUPS (24) en el sector del gas:

[CONFIDENCIAL]

Segundo. Incoación del procedimiento sancionador

El 10 de mayo de 2022, 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 ALTERNA como persona presuntamente responsable de las infracciones continuadas establecidas en el artículo 66.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico) y en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, Ley del Sector de Hidrocarburos), por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la formación de los contratos de suministro, en concreto, por no disponer en todo

momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de un cambio de suministrador a su favor respecto de 43 CUPS.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 11 de mayo de 2022. ALTERNA accedió a la notificación al día siguiente, según obra en el expediente administrativo.

Tercero. Alegaciones de ALTERNA al acuerdo de incoación

Tras la concesión de la correspondiente ampliación de plazo, con fecha de 30 de mayo de 2022, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de ALTERNA al acuerdo de incoación, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que los CUPS sobre los que no se ha facilitado la información soporte se refieren a contratos de suministro de luz y gas suscritos por ALTERNA a través de la empresa de telemarketing ALPA 57 PRODUCCIONES S.L por medio de grabación de consentimiento.
- Que el contrato con dicha sociedad de telemarketing fue resuelto por ALTERNA, y se han efectuado constantes requerimientos a dicha sociedad al objeto facilite la información o documentación solicitada, negándose dicho “call center” a su entrega al haberse resuelto el contrato, lo que ha originado el inicio de las correspondientes acciones judiciales.
- Lo anterior acredita que no ha habido ninguna culpa por su parte, ni siquiera a título de negligencia al existir un desconocimiento absoluto por ALTERNA de la posible actuación de la empresa de telemarketing o del error generado en el momento de realizarse la contratación.
- Por tanto, invoca su actuación de buena fe, así como ha procedido a adoptar medidas de forma inmediata, reponiendo a los usuarios en sus anteriores comercializadoras y asumiendo íntegramente el importe de los consumos de electricidad o gas para evitar cualquier tipo de perjuicio. Informa que ninguno de los titulares de los CUPS identificados ha interpuesto reclamación alguna contra ALTERNA.
- Que por tanto, no existe culpa alguna por su parte al carecer la conducta objeto de infracción de cualquier tipo de voluntariedad, siendo la exigencia de la culpa un principio esencial del derecho sancionador.
- Invoca igualmente la vulneración del principio de proporcionalidad tanto en la tipificación de la infracción como en la imposición de la sanción.

En virtud de dichas alegaciones, ALTERNA finaliza su escrito solicitando el archivo del procedimiento sancionador y, subsidiariamente, que se tengan en cuenta las circunstancias alegadas en su escrito. Asimismo, se solicita

proposición de medios de prueba documental (los documentos que acompañan al propio escrito de alegaciones y los escritos y documental acompañados por la empresa del expediente previo IS/DE/020/2020.

Cuarto. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 12 de septiembre de 2022 se incorporaron al expediente las cuentas de ALTERNA correspondientes al año 2021, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 9 de septiembre de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 126.765.000 euros.

Quinto. Propuesta de resolución

El 12 de septiembre 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 procedimiento sancionador, que:

“PRIMERO. *Declare que la empresa ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1 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 del suministro.*

SEGUNDO. *Declare que la empresa ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos del suministro.*

TERCERO. *Imponga a ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de **doscientos quince mil euros (215.000€)** por la comisión de las anteriores infracciones.”*

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 14 de septiembre de 2022 a las 18:05 horas, ALTERNA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el mismo día, según obra en el expediente administrativo.

Sexto. Escrito de ALTERNA tras la propuesta de resolución. Pago voluntario.

Con fecha 26 de septiembre de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ALTERNA a la propuesta de resolución, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción y que procederá al 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 40% de asunción de responsabilidad y pago voluntario prevista en el artículo 85 de la LPAC.

Tras la remisión del correspondiente Modelo 069, consta ingreso efectuado por ALTERNA por importe de 129.000 euros con fecha 28 de septiembre de 2022.

Séptimo. 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 3 de noviembre 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

ÚNICO. ALTERNA ha incumplido su obligación en relación con la formalización de los contratos de suministro de energía eléctrica y de gas, en lo referente al deber de disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, en relación con los 43 CUPS identificados en el antecedente de hecho primero de la presente resolución.

Este hecho ha quedado acreditado a través del propio reconocimiento del mismo por parte de ALTERNA, así como de las alegaciones y documentación cumplimentada por la propia empresa en el IS/DE/020/20 y en el presente procedimiento.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial de la CNMC

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones leves por la infracción tipificada en el artículo 66.1 de dicha Ley. Igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.3.c) de la Ley del Sector de Hidrocarburos corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones leves por la infracción tipificada en el artículo 111.a) 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 y del Título VI de la Ley del Sector de Hidrocarburos. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley del Sector Eléctrico y en el artículo 115.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, 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, 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 66 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones leves, en su apartado 1: *“El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la*

formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave.”

Por su parte, el artículo 111 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, contempla entre las infracciones leves, en su letra a): *“El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave”*.

Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en no disponer en todo momento, para los 43 CUPS previamente identificados, de la documentación que acredite la voluntad del cliente de un cambio de suministrador a su favor, incumpliendo con ello la obligación expresa recogida en la Disposición Adicional 1ª de la Orden ITC/1659/2009, para el sector eléctrico, y en el artículo 44.6 del Real Decreto 1434/2002, para el sector gasista.

En concreto, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, establece que:

«Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad».

Igualmente, el Real Decreto 1434/2002, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, dispone en su artículo 44.6, lo siguiente:

“6. En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto

1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.”

En el presente caso, según consta en el Hecho Probado Único y ha sido reconocido expresamente por la propia comercializadora, ALTERNA no ha cumplido su obligación en relación con la formalización de los contratos de suministros en los 43 CUPS objeto del presente expediente sancionador en lo relativo a disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, por cuanto dicha conducta está incardinada en las dos infracciones reseñadas.

Cuarto. Culpabilidad en la comisión de las infracciones

Una vez acreditada la existencia de dos infracciones creadas y tipificadas 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, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, la sociedad imputada actuó de forma negligente con su conducta omisiva y pasiva.

Asimismo, como se ha expuesto, ALTERNA ha reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de las dos infracciones reseñadas.

Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la Propuesta de Resolución se indicaba que ALTERNA, 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 a la propuesta de resolución, ALTERNA reconoció su responsabilidad y manifestó su voluntad de proceder al pago voluntario de la sanción. Asimismo, mediante ingreso de 28 de septiembre de 2022, ALTERNA 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 ALTERNA y al haberse producido el pago voluntario de la multa indicada por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de doscientos quince mil euros (215.000€), quedando en ciento veintinueve mil euros (129.000€).

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 LPAC, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho quinto, en la que se

considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a la entidad ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L.

SEGUNDO. Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de 215.000 (doscientos quince 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 129.000 (ciento veintinueve mil) euros, que ya ha sido abonada por ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, 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 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.