

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD FOX ENERGÍA, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LAS PRÁCTICAS DE CONTRATACIÓN Y RELACIÓN CON LOS CLIENTES

(SNC/DE/064/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de diciembre 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. Actuaciones previas.

En el ejercicio de la competencia de supervisión que esta Comisión desarrolla en el ámbito del cambio de comercializador, el grupo AUDAX RENOVABLES informó a la CNMC de que, durante el primer trimestre de 2020, había efectuado [CONFIDENCIAL] cambios de comercializador mediante el canal de venta presencial en el domicilio del consumidor, en el sector eléctrico. Dada la prohibición vigente de las visitas comerciales domiciliarias, con la salvedad de que fueran solicitadas expresamente por el consumidor, en el marco del

expediente IS/DE/020/20, mediante oficio con fecha 5 de junio de 2020 se requirió un listado detallado de estos cambios en los que se especificara si se contaba con la autorización del consumidor para la venta domiciliaria, la fecha de su activación, si el CUPS permanece suministrado a fecha actual por la comercializadora, si se produjo rescisión anticipada del contrato, si se penalizó al consumidor por ello, y si se interpuso reclamación por disconformidad con el cambio o contratación efectuada.

El requerimiento fue notificado telemáticamente y Grupo AUDAX accedió al contenido de la notificación el 9 de junio de 2020.

Con fecha 16 de julio de 2020 tuvo entrada respuesta del Grupo AUDAX en el que se aportaba el citado listado y manifiesta, en lo que se refiere al CUPS [CONFIDENCIAL]

Una vez analizada la información aportada por el Grupo AUDAX, el 29 de julio de 2020 se realizó un nuevo requerimiento en el que se solicitó determinada información respecto de los CUPS referidos en la documentación aportada el 16 de julio de 2020. Entre otras cuestiones, que explicara y justificara las causas por las que no habría recabado la pertinente autorización de venta domiciliaria y, respecto de los que rescindieron anticipadamente el contrato, que aportara los documentos acreditativos del consentimiento expreso del consumidor sobre cuya base se procedió a realizar el cambio de comercializador, especificara si el consumidor ejercer el derecho de desistimiento con la aportación de documentación correspondiente y, en su caso, aportara informe del historial de comunicaciones con el consumidor y actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente.

El requerimiento fue notificado telemáticamente y Grupo AUDAX accedió al contenido de la notificación el 31 de julio de 2020.

Con fecha de entrada en el Registro de la CNMC del 30 de septiembre de 2020, Grupo AUDAX contestó al citado requerimiento, aportando la información solicitada y, en lo relativo al CUPS [CONFIDENCIAL]

Además, se señaló “la existencia de errores materiales en información facilitada anteriormente que provocaron que en su día se indicara, en relación a varios de los CUPS a los que se hace referencia en el punto I del requerimiento, que no se contaba con autorización de venta domiciliaria cuando realmente sí que se había recibido la misma. Por otra parte, debemos manifestar que, respecto a otra serie de CUPS de los que integran el conjunto de [CONFIDENCIAL] puntos de suministro sobre los que se requiere aclaración, no se cuenta con autorización de venta domiciliaria ya que corresponden a establecimientos donde se desarrolla una actividad comercial o empresarial, es decir, que no corresponden a consumidores domésticos, motivo por el

cual, en esos casos, no fue necesaria la referida autorización de venta domiciliaria. Por último, hay otros CUPS entre los [CONFIDENCIAL] sobre los que se requiere explicación en los que, nuevamente por error de esta parte, se indicó que se había llevado a cabo una venta domiciliaria cuando en realidad fue una venta telefónica o telemática.”.

*Asimismo, se indicó que: “A efectos de exponer con la mayor claridad posible cada caso concreto, se acompaña al presente escrito, **dentro de la subcarpeta denominada “I JUSTIFICACION CAUSAS VENTA DOMICILIARIA”, a su vez dentro de la carpeta denominada “ANEXO C” del archivo comprimido adjunto a la presente, un listado en formato hoja de Excel (denominado “Requerimiento CNMC Definitivo”)**, en el que, como puede observarse, hay varias pestañas, una por comercializadora, en las que se incluyen los CUPS comercializados por cada empresa del grupo que se encuentran dentro del conjunto de [CONFIDENCIAL] CUPS sobre los que se pide información.*

En las columnas de color negro, se muestra la información aportada en fecha 16 de julio de 2020, y en color rojo la información rectificada una vez se han realizado las comprobaciones oportunas.

En la pestaña de cada comercializadora del grupo pueden observarse dos columnas con el nombre “AUTORIZACIÓN”, una en color negro y otra en color rojo.

En ellas podemos ver los CUPS respecto a los que el pasado 16 de julio se indicó que no se contaba con autorización de venta domiciliaria (indicados en la columna de color negro con la letra N) y en los que, una vez revisada la información, se ha comprobado que efectivamente se cuenta con ella (indicados en la columna de color rojo con la letra S).

Por otra parte, en la columna de color rojo AUTÓNOMO (CNAE) podemos localizar los CUPS que no corresponden a consumidores domésticos, al corresponder a establecimientos comerciales, motivo por el que, a los oportunos efectos de prueba, indicamos el código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) al que corresponde la actividad que se desarrolla desde cada uno de ellos.

Por otro lado, también se incluyen dos columnas en color rojo, de nombres “TELFÓNICO” y “ONLINE”, en los que se indica con la letra “S” los casos en los que la venta se realizó de forma telefónica o telemática, en lugar de una venta domiciliaria como por error de esta parte se indicó el pasado 16 de julio de 2020.”

Y, en lo que interesa al CUPS [CONFIDENCIAL] (activación 10-2-2020 y baja 29-4-2020), sin autorización ni reclamación ni penalización en la baja), su tramitación quedó encuadrada por Grupo AUDAX en el primer grupo de errores materiales, esto es, se confirmó que se trató de una contratación domiciliaria y la empresa aportó la autorización de venta domiciliaria, donde no constaba ni el logo ni la identificación de FOX ENERGÍA, S.A. y estaba fechada con posterioridad al documento acreditativo de la confirmación de la oferta (23 de febrero de 2022), sin que se aportara documentación adicional que pudiera ser indicativa de que el consumidor hubiera solicitado expresamente la visita con antelación al momento de la contratación.

Segundo. Incoación del procedimiento sancionador

El 12 de enero 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 FOX ENERGÍA como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 65.43 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico), por el incumplimiento de las obligaciones relativas a las prácticas de contratación con los clientes, en concreto, la obligación de no realizar prácticas publicitarias ni de contratación en los domicilios de los clientes de forma directa, salvo que sea a petición expresa y a propia iniciativa de éstos últimos, respecto del CUPS [CONFIDENCIAL]

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 19 de enero de 2022. FOX ENERGÍA accedió a la notificación el mismo día, según obra en el expediente administrativo.

Tercero. Alegaciones de FOX ENERGÍA al acuerdo de incoación

Con fecha de 9 de febrero de 2022 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de FOX ENERGÍA al acuerdo de incoación, en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Por error en la información aportada en el marco del IS/DE/020/20 se indicó que la contratación del CUPS referido se realizó de forma presencial. Sin embargo, la misma se llevó a cabo “por vía electrónica”, de acuerdo con los artículos 23 y 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.
- La documentación relativa al contrato de suministro se remitió al titular del CUPS mediante sms en su teléfono móvil con un enlace que permitía acceder a toda la documentación relativa al contrato, al que el titular debía responder “Sí” en caso de conformidad con la oferta contractual, lo que tuvo lugar el 20 de enero de 2020. Todo el proceso fue verificado por tercero de confianza, aportándose certificación.
- La autorización aportada en el marco del expediente IS/DE/020/20, fechada el 23 de enero de 2020 fue recabada por el agente comercial JOMP SYSTEMS, S.L., a fin de ofrecer productos de su cartera y servicios asesoramiento en cuanto a medidas de eficiencia energética, ajenos al contrato de suministro de electricidad de FOX ENERGÍA.
- El CUPS afectado por el cambio corresponde a un local comercial donde el titular del contrato desarrolla una actividad comercial, por lo que no se trata

de un consumidor ni de un domicilio, aportando pantallazo de portal web de la distribuidora, así como imagen del exterior del local.

En virtud de dichas alegaciones, FOX ENERGÍA finaliza su escrito solicitando el archivo del procedimiento sancionador.

Cuarto. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 5 de abril de 2022 se incorporaron al expediente las cuentas de FOX ENERGÍA correspondientes al año 2018, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Alicante de 28 de marzo de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 62.126.212 euros.

Quinto. Propuesta de resolución

El 5 de abril 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 FOX ENERGÍA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.43 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa relativas a prácticas de contratación y relación con los clientes.*

***SEGUNDO.** Imponga a FOX ENERGÍA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de **cuarenta mil (40.000) euros** por la citada infracción grave.”*

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 18 de abril de 2022 a las 08:02 horas, FOX ENERGÍA accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 8 de abril de 2022, según obra en el expediente administrativo.

Sexto. Escrito de alegaciones de FOX ENERGÍA a la propuesta de resolución.

Con fecha 3 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de FOX ENERGÍA a la propuesta de resolución, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que no se ha tenido en cuenta la prueba documental aportada que acredita que el CUPS no se corresponde con un domicilio sino un local comercial (información distribuidora y foto fachada) y el titular del CUPS no es un consumidor.
- Que el contrato se celebró de forma electrónica, habiendo incurrido en un error FOX ENERGÍA al manifestar anteriormente que la contratación había sido presencialmente.
- Que el contrato de 23 de enero de 2022 se corresponde con la prestación de servicios distintos del suministro eléctrico (productos de la cartera del asesor comercial)
- Que debe respetarse el principio de presunción de inocencia
- Que propone la práctica de dos pruebas (i) requerimiento a la distribuidora del CUPS para que informe sobre si se desprende de sus registros que el punto de suministro pertenece a un establecimiento comercial y (ii) se practique el reconocimiento de lugar

Por todo lo anterior, concluye su escrito solicitando que se tengan por hechas las alegaciones, aportada la prueba que obra en el expediente y solicitada de la práctica de la prueba señalada, procediéndose al archivo del sancionador.

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 7 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.

Octavo. Práctica de actuaciones complementarias

Con fecha 13 de octubre de 2022, la Sala de Supervisión Regulatoria adoptó las siguientes actuaciones complementarias:

“Primero. Solicitar a la Dirección de Energía, Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados información relativa al CUPS [CONFIDENCIAL] respecto de sus datos técnicos, de consumo y comerciales, tales como características básicas de potencia, CNAE y consumo registrado,

fundamentalmente en el periodo comprendido entre el 10 de febrero y 29 de abril de 2020, según información obrante en la base de datos Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) de electricidad.

Incorporar como actuaciones complementarias la información y documentación recibida.

Segundo. *Rechazar la práctica de la prueba solicitada por FOX ENERGÍA, S.A. en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, relativa al requerimiento a evacuar a la distribuidora y al reconocimiento del lugar, habida cuenta la práctica de las actuaciones complementarias acordada.*

Tercero. *Una vez incorporada la información reseñada en el punto Primero, remitirla al interesado, concediéndole un plazo de siete días para formular las alegaciones que tenga por pertinentes al mismo.”*

Dicho acuerdo fue notificado telemáticamente a la empresa con fecha 17 de octubre de 2022, entendiéndose rechazada la misma por el transcurso de diez días naturales sin que se haya accedido al contenido de la notificación desde el momento en el que se puso a su disposición.

Con fecha 8 de noviembre de 2022 se emitió oficio de la Directora de Energía-Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados mediante el que viene a facilitar la siguiente información:

“En consecuencia, esta Subdirección ha realizado las pertinentes consultas adicionales con relación a las características técnicas del CUPS requerido. En las mismas se ha encontrado que, durante las fechas comprendidas entre los meses de febrero y abril de 2020 en las que se extendió el contrato de suministro con FOX ENERGIA, la potencia contratada ascendía a [CONFIDENCIAL] kW, el consumo medio mensual era de unos [CONFIDENCIAL] kWh/mes) y su código de actividad CNAE se correspondía con la actividad [CONFIDENCIAL]. En definitiva, la potencia contratada y el consumo serían consistentes con un consumidor no doméstico, lo que vendría asimismo refrendado por el código CNAE asociado al CUPS registrado por el distribuidor.”

El traslado del informe emitido por la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados, para trámite de audiencia fue notificado telemáticamente a FOX ENERGÍA con fecha 10 de noviembre de 2022.

Con fecha 17 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de FOX ENERGÍA, en el que viene a manifestar lo siguiente:

- Queda disipada la duda de si la empresa hizo una contratación “a puerta fría” en un punto de suministro correspondiente al domicilio del un consumidor., y se confirma que el punto de suministro corresponde a un local comercial en el que se desarrollaba una actividad comercial

- No se incurre en una conducta tipificada consistente en llevar a cabo prácticas de contratación en el domicilio de un consumidor

Por ello, se solicita el archivo del procedimiento.

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

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. En los meses de febrero y abril de 2020 el CUPS: [CONFIDENCIAL] se correspondía con un CUPS no doméstico.

Según consta acreditado en el expediente administrativo, en concreto, mediante la información recabada por la Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados que consta en el oficio emitido por la Directora de Energía con fecha 8 de noviembre de 2022.

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 65.43 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 65.43 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores), tipifica como nueva infracción la siguiente: *«43. El incumplimiento por parte de los comercializadores de las obligaciones establecidas en la normativa relativas a prácticas de contratación y relación con los clientes.»*

Este nuevo tipo infractor está directamente relacionado con la introducción de nuevas obligaciones de las comercializadoras eléctricas en materia de protección de los derechos de consumidores, llevada a cabo así mismo por el citado Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre. Concretamente, en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, se añaden dos nuevas letras (s) y t)) a su artículo 46.1, con el siguiente tenor:

- *«s) Las comercializadoras eléctricas no podrán realizar publicidad no solicitada en visitas domiciliarias sobre sus productos, excepto en el caso de que el destinatario haya solicitado por iniciativa propia recibir información sobre el servicio por dicho medio. La entidad anunciante será considerada la responsable del cumplimiento del presente apartado. »*
- *«t) Las comercializadoras eléctricas no podrán realizar prácticas de contratación en los domicilios de los clientes de forma directa, salvo que exista una petición expresa por parte del cliente y a propia iniciativa para establecer la cita.»*

En lo que aquí interesa, el expositivo del Real Decreto-ley indica expresamente que *“... se aborda una práctica que ha generado un elevado número de reclamaciones ante los organismos de consumo y ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los últimos años, cual es la contratación del suministro eléctrico en la modalidad «puerta a puerta», que queda prohibida para el segmento de consumidores domésticos.”*

En el presente caso, tras la práctica de las actuaciones complementarias, y tomando en especial consideración las fechas excepcionales en las que se circunscriben los hechos, la potencia contratada y el consumo medio mensual del CUPS [CONFIDENCIAL] en el periodo afectado serían consistentes con un consumidor no doméstico, lo que vendría asimismo refrendado por el código CNAE asociado al CUPS registrado por el distribuidor.

Sentado lo anterior, se concluye la falta de tipificación de los hechos probados en el presente procedimiento, procediéndose a declarar el archivo del mismo.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

UNICO. — Proceder al archivo del presente procedimiento sancionador en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.