

# RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD TOTALENERGIES MERCADO ESPAÑA, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

(SNC/DE/044/23)

## CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

### Presidenta

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

### Consejeros

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

### Secretaria

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 5 de octubre de 2023

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 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. Escrito de denuncia y apertura y tramitación de expediente CNS/DE/097/23.

El 26 de enero de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de denuncia de Dña. [CONFIDENCIAL] en el que se ponía de manifiesto lo siguiente (folios 1-12):

*El 23 de octubre realicé un cambio de compañía de luz y gas. De Total Energies pasé la luz a [CONFIDENCIAL]. Acepto esta oferta de luz, solo la luz (Tengo la grabación). Cuál es mi sorpresa que a los pocos días recibo un mail de TotalEnergies con "mi contrato de luz y gas", procedo a entrar en área de clientes y compruebo que sin mi autorización me han activado un contrato de gas y que he estado consumiendo gas de esa comercializadora sin mi consentimiento. Procedo hacer reclamación el día 16 de diciembre con código [CONFIDENCIAL].*

*No me han dado ninguna solución, ni se han puesto en contacto, pero si he tenido que pagar una factura por el periodo de 08.12.2022 -16.12.2022 de 137, 91 €. Por todo ello pido que se me devuelva dicho importe.*

Asimismo, se adjunta copia de la factura, grabación y pantallazo.

La denuncia dio origen al expediente CNS/DE/097/23 cuyo objeto estaba orientado a determinar si los hechos denunciados podían subsumirse en alguna conducta tipificada en el Ley de Hidrocarburos.

El 3 de abril de 2023 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de la sociedad distribuidora NEDGIA Castilla y León, S.A. en contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión en el marco del expediente CNS/DE/097/23 en relación con la denuncia anteriormente referenciada. Se aporta escrito, con pantallazos adjuntos, (folios 13-24) en el que se significa, entre otras cuestiones, lo siguiente:

- Entre 11 de octubre de 2017 y 11 de noviembre de 2022, el CUPS **[CONFIDENCIAL]** estuvo activo con la comercializadora TOTALENERGIES
- El 12 de noviembre de 2022, se solicitó por BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA cambio de comercializadora sin cambio de titular para el referido CUPS. Se activó con esa fecha el contrato con la comercializadora de referencia.
- Con fecha 8 de diciembre de 2022, se solicitó por TOTALENERGIES CLIENTES solicitud de cambio de comercializadora sin cambio de titular para el referido CUPS. El nuevo contrato se activa con fecha 8 de diciembre de 2022.
- El 22 de diciembre de 2022, se solicitó por BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA cambio de comercializadora sin cambio de titular para el referido CUPS. Se activó con esa fecha el contrato con la comercializadora de referencia.
- No existió ninguna comunicación para el indicado punto de suministro

El 4 de mayo de 2023 se recibió contestación de TOTALENERGIES MERCADO ESPAÑA, S.A. (en adelante, TOTALENERGIES) al requerimiento de información evacuado por esta Comisión en el marco del expediente CNS/DE/097/23 (folios 25-45), significando lo siguiente respecto del CUPS afectado:

- El 24 de octubre de 2022 TOTALENERGIES recibió la baja pasiva del contrato de suministro eléctrico.

- El 3 de noviembre la reclamante volvió a contratar telefónicamente el suministro eléctrico con TOTALENERGIES. Que en la citada llamada la reclamante manifestó que también había cambiado el suministro de gas pasando al mercado regulado; no obstante, al no constar aún la baja pasiva del gas, se contrató el suministro como un plan dual advirtiéndole a la reclamante que cuando llegara la baja pasiva del gas por activación en la CUR, esta contratación dual se modificaría en consecuencia.
- El contrato de suministro de gas se activó el 8 de diciembre y estuvo en vigor hasta el 21 de diciembre de 2022 en que se recibió baja por cambio de comercialización.
- El 15 de diciembre la denunciante presentó reclamación para comunicar que había recibido el contrato dual que no había solicitado y se le indemnizó, pero en ningún momento solicitó el derecho de desistimiento, recibiendo la baja pasiva.

Asimismo, se incorpora documentación justificativa.

## **Segundo. Depósito de cuentas anuales**

Mediante Diligencia de 12 de julio de 2023 se procedió a incorporar las cuentas de TOTALENERGIES del ejercicio 2021, últimas depositadas mediante certificación del Registro Mercantil de Asturias expedida el día 10 de julio de 2023.

En la misma se pone de manifiesto que la cifra de negocios del ejercicio 2021 fue de 397.273 euros, siendo, por tanto, el 10% de la indicada cifra la cantidad de 39.727,3 euros.

## **Tercero. Incoación del procedimiento sancionador**

El 17 de julio de 2023, 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 TOTALENERGIES como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, Ley del Sector de Hidrocarburos), por el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes correspondientes al CUPS [CONFIDENCIAL], en relación con lo exigido en el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de instalaciones de gas natural.

Del mismo modo, se informaba a TOTALENERGIES que en caso de no efectuar alegaciones en el plazo indicado, de conformidad con lo establecido en el artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015, el Acuerdo de incoación sería considerado Propuesta de Resolución,

*“por medio de la cual se propone al órgano competente para dictar la Resolución que se declare que TOTALENERGIES MERCADO ESPAÑA, S.A.U. es responsable de una infracción leve establecida en el artículo 111.d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos y se le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000 euros (veinte mil euros), pudiendo acogerse a las reducciones indicadas en el apartado VII del presente Acuerdo.”*

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 18 de julio de 2023. TOTALENERGIES accedió a la notificación el mismo día, según obra en el expediente administrativo.

#### **Cuarto. Contestación de TOTALENERGIES al acuerdo de incoación-propuesta de Resolución**

Con fecha de 27 de julio de 2023 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de TOTALENERGIES al acuerdo de incoación-propuesta de resolución, en el que manifiesta, en síntesis, reconocer expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción y proceder al pago voluntario de la sanción, solicitándose acogerse a las reducciones previstas, cuya efectividad está condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa y demandando la expedición del correspondiente modelo de ingresos no tributarios.

Tras la remisión el 1 de agosto de 2023 del correspondiente modelo emitido por parte de la instrucción, con misma fecha, consta emisión de justificante del pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (40%) por 12.000 euros con fecha valor de ingreso del 16 de agosto de 2023.

#### **Quinto. 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 21 de septiembre de 2023, 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.** TOTALENERGIES procedió a dar de alta en fecha 8 de diciembre de 2022 un contrato de suministro de gas referente al código CUPS [CONFIDENCIAL], sin consentimiento del titular del punto de suministro asociado al citado CUPS.

Este hecho resulta probado, ya que además de la denuncia presentada en representación del titular, en el expediente consta que:

- TOTALENERGIES, en la cumplimentación de los requerimientos efectuados,
  - o Comunicó a la distribuidora la solicitud de cambio de comercializadora sin cambio de titular con fecha 8 de diciembre de 2022. Dicha solicitud fue presentada una vez se había tramitado con fecha 12 de noviembre de 2022 una primera solicitud de baja de contrato con esta comercializadora.
  - o Esta activación de contrato se mantuvo hasta el 22 de diciembre de 2022, fecha en la que la distribuidora recibe nueva solicitud de cambio de comercializadora sin cambio de titular que revierte la situación a la inicialmente comunicada.
  - o Conocía que la denunciante había tramitado la baja pasiva de su contrato de suministro de gas, en el momento en el que comunicó la activación del contrato.
- TOTALENERGIES ha presentado alegaciones de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos probados al acuerdo de incoación-propuesta de resolución y su calificación jurídica en el escrito de alegaciones a la incoación-propuesta de resolución.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Habilitación competencial de la CNMC

De conformidad con lo previsto en el artículo 116.3 de la Ley del Sector de Hidrocarburos corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones leves, entre ellas, la infracción tipificada en el artículo 111.d) de dicha Ley, en los siguientes términos: corresponde a *“La Comisión de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, [...] imponer las sanciones por*

*la comisión de las infracciones administrativas siguientes: [...] c) Las tipificadas como leves en los párrafos a), b), c), d), e), f) y g) del artículo 111.”*

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 Título VI de la Ley del Sector de Hidrocarburos. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 115 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**

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, tipifica como infracción leve *“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, la comercializadora TOTALENERGIES procedió a cambiar de empresa de suministro de gas natural al consumidor titular del punto de suministro asociado al CUPS [CONFIDENCIAL], sin su consentimiento.

De acuerdo con lo reseñado en la propuesta de resolución, esta conducta incumple el más elemental de los requisitos de contratación que es el de la existencia de un consentimiento no viciado de la parte contratante. Se incumple, por tanto, el requisito de contratación a los que se refiere el citado artículo 111.d) de la Ley 34/1998.

En concreto, el artículo 44.6 del citado Real Decreto 1434/2002 establece que:

*“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.(...)”*

Por tanto, la conducta desarrollada por TOTALENERGIES es plenamente subsumible en el tipo sancionador citado, dado que dicha conducta ha quedado acreditada y reconocida por TOTALENERGIES.

Por lo expuesto, ha de concluirse que las circunstancias determinadas en el Hecho Probado son subsumibles en el tipo sancionador recogido en el artículo 111.d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos. El cambio de comercializadora sin el consentimiento debido del titular del contrato determina un incumplimiento de las obligaciones que están claramente definidas en la Ley del Sector de Hidrocarburos.

#### **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»*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *“la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo,

Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

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.

Entre éstas se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador gasista. A tal fin, el comercializador ha 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, TOTALENERGIES no ha obtenido un consentimiento del consumidor. Según ha quedado acreditado (y reconoce la propia comercializadora) el cambio de comercializador a su favor se produjo una vez el denunciante había tramitado una previa baja pasiva contractual y que expresamente manifestó a TOTALENERGIES, sin que, por tanto, pueda existir constancia documental acreditativa de la activación irregularmente generada.

Por todo ello, debe considerarse que TOTALENERGIES ha actuado con una evidente falta de diligencia en la comprobación del correcto consentimiento del consumidor, por lo que se le responsabiliza de la misma a título de negligencia culpable.

### **Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción**

El artículo 113 de la Ley 34/1998 prevé una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 1 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 112 de la Ley 34/1998 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- b) La importancia del daño o deterioro causado*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios*
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido*
- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción”.*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que en principio no concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño o cuantía relevante del beneficio obtenido.

Valorados los criterios citados en el artículo 112 de la Ley 34/1998, en relación con los perjuicios sobre el suministro, grado de participación, intencionalidad, el nivel de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras y la comisión de la infracción en grado de negligencia, considerado el principio de proporcionalidad, visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en los Hechos Probados, se consideró la imposición de una multa inicial por importe de 20.000 euros en el acuerdo de incoación y propuesta de resolución.

En dicho acuerdo se indicaba que TOTALENERGIES 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 tiene 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 estas acumulables entre sí.

Mediante ingreso efectuado a través del modelo 069, consta que TOTALENERGIES ha realizado el pago de 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 TOTALENERGIES y al haberse producido el pago

voluntario de la multa a través del medio indicado por la Propuesta de Resolución, procede en el presente caso, de conformidad con el meritado artículo 85 de la LPAC, declarar la terminación del procedimiento y aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de veinte mil (20.000) euros, quedando en un total de doce mil (12.000) 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 LPAC, en los términos del acuerdo de incoación-propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho tercero, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a TOTALENERGIES MERCADO ESPAÑA, S.A.U. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

**SEGUNDO.** Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de veinte mil (20.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de doce mil (12.000) euros, que ya ha sido abonada por TOTALENERGIES MERCADO ESPAÑA, S.A.U.

**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.

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.