

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 23 DE MARZO DE 2015 A NORTEDISON ELECTRIC, S.L, POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DISPONER DE UN TELÉFONO GRATUITO DE ATENCIÓN AL CLIENTE.

Expte. SNC/DE/014/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

Dña. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.
D. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain.
D^a Clotilde de la Higuera González.
D. Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 1 de marzo de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador incoado a NORTEDISON ELECTRIC, SL por incumplimiento del deber de disponer de un número de teléfono gratuito de atención al cliente, la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Inicio de las actividades de comercialización por parte de NORTEDISON ELECTRIC, S.L.

La empresa NORTEDISON ELECTRIC, S.L. (NORTEDISON) realiza actividades como comercializadora de electricidad de conformidad con la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley 24/2013).

En concreto, mediante escrito de 17 de junio de 2013 NORTEDISON presentó ante la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo la correspondiente comunicación de inicio de actividad de comercialización y declaración responsable (folios 39 y 40 del expediente).

SEGUNDO. Obligación contemplada en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

La Ley 24/2013 tiene como objetivo, entre otros, adecuar la regulación del sector eléctrico a las necesidades de los consumidores en términos de calidad. En este sentido, regula las obligaciones a cumplir por las empresas comercializadoras en relación con el suministro de energía a los consumidores. Entre ellas, la Ley 24/2013 incluyó en la sección o) del apartado primero de su artículo 46 la siguiente obligación:

«Para el suministro a consumidores finales [las comercializadoras] deberán disponer de un servicio de atención a sus quejas, reclamaciones e incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, así como solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, poniendo a su disposición una dirección postal, un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, y un número de fax o una dirección de correo electrónico al que los mismos puedan dirigirse directamente. [...]».

Según su disposición final sexta, la Ley 24/2013 entró en vigor (y, por lo tanto, también esta obligación específica) el día siguiente a la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 28 de diciembre de 2013¹.

TERCERO. Requerimiento de información inicial

Con fecha 5 de junio de 2014, el Director de Energía de la CNMC envió un escrito a NORTEDISON, comercializadora que, a esa fecha, aún no había proporcionado a la CNMC el número de teléfono gratuito de atención al consumidor. La carta instó a la empresa comercializadora a que comunicara la disponibilidad de dicho teléfono gratuito en el plazo de diez días. Asimismo, la comunicación señaló que el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a los consumidores constituye una infracción grave tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013.

NORTEDISON no contestó al requerimiento de información.

CUARTO. Incoación del expediente sancionador

Con fecha 23 de marzo de 2015, el Director 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 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, acordó incoar expediente sancionador a NORTEDISON por:

¹ No obstante lo anterior, se señala que la citada obligación se introdujo en el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, que añade una letra l) al artículo 45 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre.

«el presunto incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a consumidores, en particular, debido al presunto incumplimiento de disponer de un número de teléfono gratuito de atención al consumidor, prevista en el artículo 46.1.o) de la Ley 24/2013. [...]

Esta conducta, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, podría ser considerada como una infracción grave tipificada en el art. 65.25 de la Ley 24/2013 [...]

Por consiguiente, el citado acuerdo de incoación se refiere al período temporal que se inicia a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2013, esto es, el 28 de diciembre de 2013.

El acuerdo de incoación fue notificado a NORTEDISON el 20 de abril 2015 de conformidad con el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

QUINTO. Alegaciones al acuerdo de incoación

Con fecha 2 de junio de 2015, se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de NORTEDISON donde señalaba lo siguiente:

- Que «*NORTEDISON ELECTRIC, S.L. inició su actividad de comercialización en el mes de noviembre de 2014*». Para justificar esta afirmación aporta copia de la primera factura emitida por NORTEDISON a uno de sus clientes, de fecha de 17 de diciembre de 2014 (facturando el periodo del 28 de noviembre de 2014 al 3 de diciembre de 2014).
- Que «*NORTEDISON ELECTRIC, S.L., dispone de una línea de teléfono gratuita de atención al cliente de conformidad con la normativa reguladora del sector. Dicha línea está contratada con la compañía MOVISTAR a través del denominado SERVICIO 900 [...]. El número de teléfono gratuito que corresponde a NORTEDISON ELECTRIC, S.L., es el 900.103.641*». Para justificar esta afirmación aporta copia de las facturas emitidas por MOVISTAR a NORTEDISON, por la prestación del servicio 900 contratado, correspondientes a los meses de noviembre de 2014 hasta el mes de abril de 2015.

SEXTO. Requerimiento de información a TELEFÓNICA S.A.U.

El 19 de octubre de 2015 se requirió a TELEFÓNICA S.A.U. que remitiera la fecha de alta de la asignación de la línea 900 103 641 a NORTEDISON. La respuesta a dicho requerimiento se recibió en el Registro de la CNMC el 26 de octubre de 2015 indicando TELEFÓNICA S.A.U. que el referido número figura

dado de alta a nombre de NORTEDISON desde el 3 de octubre de 2014 y que permanece activo hasta el momento.

SÉPTIMO. Incorporación de información al expediente

El 19 de octubre de 2014, el Director de Energía de la CNMC, como órgano instructor del presente procedimiento, acordó mediante diligencia la incorporación al expediente de una copia de la comunicación de inicio de actividad de la empresa comercializadora NORTEDISON de 17 de junio de 2013 dirigida a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que permite acreditar la fecha de inicio de las actividades de comercialización de dicha empresa.

OCTAVO.- Propuesta de resolución formulada por el Instructor

El 20 de noviembre de 2015 el Director de Energía, como instructor del Procedimiento, formuló propuesta de Resolución, la cual fue notificada a NORTEDISON el 14 de diciembre de 2015 (folios 58 y 59).

La Propuesta de Resolución, tras resumir los Antecedentes de Hecho y señalar los Hechos Probados, efectuó consideraciones sobre la alegación de NORTEDISON acerca del supuesto inicio de su actividad como comercializadora en noviembre de 2014. Al respecto, la Propuesta de Resolución señaló, en esencia, que la fecha relevante a los efectos del cumplimiento de la obligación de disponer de un servicio de atención gratuito para el consumidor es la de presentación formal del escrito de comunicación de inicio de la actividad. A partir de esa fecha, la comercializadora está obligada a cumplir con todos los requisitos que exija el ordenamiento jurídico para el desarrollo de su actividad, incluida la obligación de disponer de un teléfono gratuito. En atención a lo anterior, la Propuesta de Resolución consideró que NORTEDISON había incurrido en la infracción grave consistente en no disponer de un servicio de atención gratuita a consumidores (artículo 46.1.o de la Ley 24/2013 en relación con el artículo 65.25 de dicha Ley) durante un período de 9 meses y 5 días.

NOVENO.- Alegaciones de NORTEDISON a la Propuesta de Resolución

Mediante escrito de 30 de diciembre de 2015, presentado en esa misma fecha por correo administrativo, y con entrada en la CNMC el día 7 de enero de 2016, NORTEDISON alegó, en esencia, lo siguiente, con relación a la Propuesta de Resolución:

- Que no existió incumplimiento de obligaciones acerca de la disponibilidad de teléfono gratuito de atención al cliente en vista de que NORTEDISON *«inició su actividad como empresa comercializadora en el mes de*

noviembre de 2014», fecha que debe marcar el *dies a quo* para el cumplimiento de la señalada obligación.

- Que, subsidiariamente, la propuesta de multa de 1.000 euros que efectúa la Propuesta de Resolución no respeta el principio de proporcionalidad.
- Que, de conformidad con lo anterior, debía acordarse el archivo del procedimiento sancionador o, en su defecto, la multa *«deberá modularse proporcionalmente habida cuenta de las circunstancias expuestas, dado que la propuesta de 1.000 euros no se ajusta a los principios legales de aplicación al procedimiento sancionador»*.

DÉCIMO.- Remisión de la Propuesta de Resolución y del resto del expediente a la Secretaría del Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de 11 de enero de 2016, junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

UNDÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe en su sesión de 25 de febrero de 2016 sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, atendiendo al período temporal al que el mismo se refiere, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento que:

- NORTEDISON comenzó sus actividades de comercialización de energía el 17 de junio de 2013 por lo que debió disponer de un servicio de atención telefónica gratuita a consumidores de conformidad con el artículo 46.1.o) de la Ley 24/2013 al menos desde su fecha de entrada en vigor.
- El número de teléfono gratuito 900 103 641 figura dado de alta a nombre de NORTEDISON desde el 3 de octubre de 2014.
- La sociedad NORTEDISON ha incumplido la obligación de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a consumidores (en particular, de un número de teléfono gratuito) prevista en el artículo 46.1.o) de la Ley 24/2013 desde al menos el 28 de diciembre de 2013 (fecha de

entrada en vigor de la Ley 24/2013) hasta el 3 de octubre de 2014; esto es durante un periodo de nueve (9) meses y cinco (5) días.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y con el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Director de Energía de la CNMC el inicio e instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013: «*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, podrá imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes: [...] b) Las tipificadas [...] en los párrafos [...] 25 [...] del artículo 65*».

Dentro de la CNMC compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como en el artículo 11 y siguientes del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El incumplimiento de la obligación de disponer de un servicio de atención telefónica gratuita a consumidores, prevista en la sección o) del apartado primero del artículo 46 de la Ley 24/2013, se encuentra tipificado en el artículo 65.25 de dicha Ley como infracción grave:

«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».

Para decretar la existencia de la infracción imputada en el presente procedimiento, es necesario determinar si NORTEDISON inició su actividad como comercializadora con anterioridad al 28 de diciembre de 2013, fecha de entrada en vigor de la Ley 24/2013.

Pues bien, como obra en el expediente, mediante escrito de 17 de junio de 2013 NORTEDISON presentó comunicación y declaración responsable de inicio de actividad como empresa comercializadora, quedando habilitada desde ese momento para el ejercicio de la actividad². En vista de ello, a partir del inicio de actividad, una comercializadora está obligada a cumplir con todos los requisitos que le exija el ordenamiento jurídico para el desarrollo de dicha actividad (entre los que se incluye, al menos desde el 28 de diciembre de 2013, cuando entró en vigor la Ley 24/2013, la obligación de disponer de un servicio de atención telefónica gratuita al consumidor a tenor del artículo 46.1.o de la Ley 24/2013). A ello habría que añadir que el régimen de declaración responsable lleva implícita la manifestación del interesado de que se cumplen los requisitos para el ejercicio de la actividad y el compromiso de mantener dicho cumplimiento durante el período en que realice dicha actividad. Lo anterior determina que se permita el ejercicio de la actividad desde el momento en que la declaración tenga lugar, sin perjuicio de las facultades de comprobación que corresponden a la Administración. Un criterio esencial de certeza jurídica exige que el cumplimiento de los señalados requisitos no quede a expensas de decisiones del interesado –en este caso, la de no iniciar de manera efectiva la actividad desde la fecha de la declaración responsable-, ajenas a los efectos que surten las formalidades jurídicas, que son las que prevalecen en este caso a tenor de la normativa aplicable.

Por lo tanto, dado que NORTEDISON inició sus actividades de comercialización con anterioridad a entrada en vigor de la Ley 24/2013, se concluye que ha cometido la infracción grave tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 al menos durante un periodo de 9 meses y 5 días, tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de dicha Ley 24/2013 (28 de diciembre de 2013) y la fecha de alta del teléfono gratuito de atención al cliente a nombre de NORTEDISON (3 de octubre de 2014).

V. CULPABILIDAD DE NORTEDISON EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

² De conformidad con el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica

a) Consideraciones generales

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 pasivo al que se impute su comisión. 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 es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992 según el cual «Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia».

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»³.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

«Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

De conformidad con la Ley 24/2013, la comercialización de energía eléctrica se rige por lo dispuesto en la propia Ley del Sector y es objeto de ordenación atendiendo a la necesaria coordinación de su funcionamiento y a la normativa uniforme que se requiera.

³ 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

En este marco jurídico, NORTEDISON es una sociedad comercializadora que para el ejercicio de su actividad (en un marco jurídico tan específico) le resulta exigible una especial diligencia derivada de su dedicación profesional al mismo. Esto es, para el ejercicio de su actividad, NORTEDISON debe alcanzar niveles de diligencia y vigilancia que superan la exigencia de diligencia media regulada en el art. 1.104 del Código Civil.

Es indudable, por ello, que concurre negligencia culpable en el comportamiento de inacción de NORTEDISON en el presente caso.

V. SANCIÓN APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA POR NORTEDISON

El artículo 67.1.b) de la vigente Ley del Sector Eléctrico establece lo siguiente:

«Las infracciones establecidas en el capítulo I de este título serán sancionadas del modo siguiente:

[...]

b) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros [...].»

Asimismo, el apartado 3 determina que

«Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate».

El artículo 67.4 de la Ley 23/2013, indica que la sanción que se imponga, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- «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.
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.

- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción».

Por su parte, el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 consagra el principio de proporcionalidad en el establecimiento de las sanciones administrativas.

A fin de cuantificar el importe de la multa cabe considerar los niveles de diligencia exigible a las sociedades comercializadoras (según se ha expuesto en anteriores Fundamentos de esta Resolución), y adicionalmente las siguientes circunstancias:

- El periodo de tiempo transcurrido durante el que se ha incumplido la obligación: 9 meses y 5 días.
- El dato sobre el número de clientes de la empresa en el último trimestre de 2014 (único sobre el que se dispone de información), facilitado por la propia imputada, a tenor del cual disponía de [...] clientes.

A la vista de las circunstancias anteriores, se estima proporcionado imponer una multa de **mil (1.000) euros**.

A diferencia de lo señalado por la interesada en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, la cifra de 1.000 euros se considera perfectamente proporcionada en atención a las circunstancias consideradas y al tiempo durante el que se mantuvo el incumplimiento, en los términos ya señalados en la fundamentación previa. Asimismo debe tenerse en cuenta que, a tenor de la Ley 24/2013 el importe de la multa por una infracción grave, como la aquí imputada, puede alcanzar hasta seis millones de euros, y no será inferior a 600.000 euros. Sin perjuicio de esto último, y atendiendo a los criterios previstos en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, así como a un principio de proporcionalidad, la multa finalmente impuesta es de 1.000 euros lo que supone aproximadamente un 0,16% de dicho importe mínimo de las infracciones graves y del importe máximo de las infracciones leves.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador:

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que la empresa NORTEDISON, S.L.U es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, como consecuencia del incumplimiento de su obligación, en los términos de la presente resolución, y como sujeto comercializador, de disponer de un servicio de asistencia telefónica gratuito al que puedan dirigirse los consumidores.

SEGUNDO.- Imponer a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de **mil (1.000) euros**.

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.