

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA FLIP ENERGÍA, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ACOGIDO AL PRECIO VOLUNTARIO DEL PEQUEÑO CONSUMIDOR.

SNC/DE/131/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

SECRETARIO DE LA SALA

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 11 de febrero 2020

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:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Escrito de reclamación.

El 2 de agosto de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), escrito del Servicio Territorial de Comercio y Consumo de la Generalitat Valenciana, dando traslado de la reclamación de [...] interpuesta ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor de Elche (en adelante, OMIC) contra la empresa FLIP ENERGÍA, S.L. (en adelante, FLIP ENERGÍA), que opera como comercializadora bajo el nombre comercial ALTERNA, denunciando un cambio de suministro de electricidad sin consentimiento.

Los datos del punto de suministro afectado son los siguientes:

Titular: [...]
Dirección: [...]
CUPS: [...]

El contenido de la denuncia es el siguiente:

El titular del punto de suministro no autorizó en ningún momento a FLIP ENERGÍA a que *«gestionara mis facturas de luz, y por lo tanto el bono social que tenía solicitado por medio de Iberdrola me ha sido denegado»*.

Asimismo, el titular del punto de suministro solicita en su escrito que se proceda a cancelar las facturas generadas por FLIP ENERGÍA, por importe total de 112,13 euros y que la comercializadora acredite quién autorizó el alta en el suministro de electricidad.

SEGUNDO. Información previa, alegaciones de FLIP ENERGÍA.

El 12 de septiembre de 2018, esta Comisión solicitó a la reclamante que aportara copia de las facturas con su comercializador en fecha anterior y posterior al cambio a FLIP ENERGÍA, así como que explicara el motivo por el que tenía derecho al bono social de electricidad.

En la misma fecha, [...] contestó afirmando que solicitó el bono social por su situación económica y aportó las facturas solicitadas, desprendiéndose de las mismas que el contrato de suministro anterior al cambio con FLIP ENERGÍA era un contrato de suministro eléctrico acogido al PVPC sin discriminación horaria con comercializadora de referencia, mientras que el contrato suscrito tras cesar el suministro con FLIP ENERGÍA era un contrato con comercializadora en mercado libre.

El 19 de septiembre de 2018, atendiendo a la reclamación y a las informaciones presentadas, el Director de Energía, en el ejercicio de las funciones de instrucción de expedientes que le atribuye el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, en el ámbito de las competencias de la CNMC de supervisión y control de los sectores energéticos, procedió a dictar acuerdo de apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso.

En la misma fecha, se requirió a FLIP ENERGÍA a fin de que aportase los documentos contractuales o cualquier otra acreditación del consentimiento expreso del consumidor al cambio de comercializador, además de las facturas generadas y las fechas de alta y baja en los contratos y en los servicios de mantenimiento que, en su caso, correspondieran.

Asimismo, se le solicitó que remitiera justificante de haber cumplido con las obligaciones de información para la protección al consumidor que establece el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección

para los consumidores domésticos de energía eléctrica (en adelante, RD 897/2017).

Por último, se solicitó a la comercializadora que acreditase el historial de comunicaciones con el consumidor y las actuaciones realizadas para solucionar la reclamación por parte de su servicio de atención al cliente.

Mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2018, FLIP ENERGÍA expone que, todas las contrataciones que llegan a ALTERNA *«vienen mediante personal de tiendas Phone House»*. En una de estas tiendas, con fecha 9 de noviembre de 2017, [...] firma un contrato de suministro de luz con ALTERNA.

Según FLIP ENERGÍA, su procedimiento interno establece que, una vez firmado el contrato en Phone House, este es enviado por correo electrónico al cliente, *«donde de nuevo, se le informa [...] de que ha contratado su suministro con nosotros. La demandante no nos comunica desistimiento [...] por lo tanto, la contratación continúa y esta titular comienza a consumir energía con ALTERNA»* desde el 22 de noviembre de 2017.

El 22 de octubre de 2018, esta Comisión dirige un nuevo requerimiento de información a FLIP ENERGÍA, en el que, al entender que no había proporcionado respuesta a todas las cuestiones objeto del requerimiento anterior, se le solicita que remita justificación de haber cumplido con las obligaciones de información para la protección al consumidor que establece el artículo 5.5 del RD 897/2017 y que acredite el historial de comunicaciones con el denunciante y las actuaciones realizadas por 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 31 de octubre de 2018 se recibe escrito de FLIP ENERGÍA, en el que manifiesta que, tras la firma del contrato el 9 de noviembre de 2017 por parte de la reclamante en una tienda Phone House, siguiendo el protocolo habitual, se le envía un correo electrónico informando a la consumidora de que ha contratado el suministro con FLIP ENERGÍA. El consumo de energía comienza el 22 de noviembre de 2017 y finaliza el 4 de enero de 2018, fecha a partir de la cual FLIP ENERGÍA procede a enviar a la consumidora avisos de requerimiento de pago.

El 26 de enero de 2018, desde el servicio de atención al cliente, FLIP ENERGÍA le envía a la usuaria las facturas generadas hasta la fecha de baja del contrato. El 18 de abril de 2018, FLIP ENERGÍA recibe un correo electrónico de la usuaria, en el que esta afirma que el cambio de comercializador no ha sido autorizado por ella y que, como consecuencia del mismo, la solicitud de acceso al bono social que había cursado ante su anterior comercializador de referencia le ha sido denegada. Asimismo, la usuaria solicita que se le aclare la procedencia de las facturas que FLIP ENERGÍA ha emitido a su nombre y se establezca quién autorizó que se le diera de baja de su anterior comercializadora.

Finaliza su escrito FLIP ENERGÍA manifestando que, puesto que la reclamante afirma que el contrato tramitado en la tienda Phone House fue fraudulento, han procedido a *«abonar todas las facturas pagadas previamente por la reclamante»* y han comunicado *«la reclamación a Phone House para evitar que hagan más contrataciones de este tipo»*.

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador.

Con fecha 14 de diciembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC, en el 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 CNMC (en adelante LCNMC) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra FLIP ENERGÍA por presunto incumplimiento de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) y su normativa de desarrollo.

Los hechos que motivaron la incoación del presente procedimiento radican en la aplicación al titular del punto de suministro identificado como CUPS: [...], que venía acogándose al PVPC con IBERDROLA COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, de una tarifa en mercado libre por la comercializadora FLIP ENERGÍA, durante el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2017 y el 4 de enero de 2018, sin que el comercializador entrante hubiera cumplido con la obligación de informar expresamente al consumidor de que, si en el momento de la suscripción del nuevo contrato cumpliera con los requisitos para acogerse al bono social, este último no podría aplicarse con la suscripción del nuevo contrato de suministro en mercado libre.

El acuerdo de incoación fue notificado a FLIP ENERGÍA el 31 de enero de 2019.

CUARTO. Alegaciones de FLIP ENERGÍA al acuerdo de incoación.

Con fecha 6 de febrero de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de FLIP ENERGÍA, cuyo contenido, en síntesis, es el siguiente:

- En el momento de la firma del contrato, el comercial de la tienda Phone House informó a [...] de que FLIP ENERGÍA era una comercializadora de energía en régimen libre y que, por tanto, la contratación de la energía a través de dicha sociedad resultaba incompatible con la percepción del bono social. Sin embargo, la tarifa en régimen libre resultaba atractiva económicamente para la reclamante.

- Tras la firma del contrato, FLIP ENERGÍA remitió a [...] el contrato a través del correo electrónico facilitado por esta, informándole de nuevo de la contratación del suministro eléctrico con la nueva comercializadora.
- En cuanto a la presunta infracción, FLIP ENERGÍA manifiesta que la obligación de información que el artículo 5.5. del RD 897/2017 establece con respecto a los consumidores acogidos al PVPC no requiere que se suscriba un documento de renuncia expresa por parte de este último, como sí ocurre en el caso de los clientes beneficiarios del bono social, de manera que, en el presente caso, FLIP ENERGÍA *«ha cumplido total y absolutamente con sus obligaciones de información»*.
- Adicionalmente, la comercializadora alega que si bien la reclamante no estaba acogida al bono social en la fecha en la que se produce la contratación con FLIP ENERGÍA, aun en el supuesto de haberlo estado, en el momento en que se dio de baja el contrato con FLIP ENERGÍA era de aplicación el periodo transitorio de seis meses establecido en la disposición transitoria primera del RD 897/2017, de manera que incluso para que su anterior compañía le reconociese el bono social -previa acreditación de los requisitos exigidos- la reclamante habría tenido igualmente que esperar seis meses para poder beneficiarse de dicho bono social.
- Asimismo, FLIP ENERGÍA manifiesta que hay una *«clara falta de tipicidad en la conducta que se imputa, no habiéndose incumplido las obligaciones de información por parte de la comercializadora»*. FLIP ENERGÍA alega haber actuado con *«absoluta buena fe, dado que, una vez conocida la incidencia a través de la OMIC, procedió a atender la queja, permitiendo la resolución del contrato, con el pago o devolución de la totalidad de las cantidades facturadas a la consumidora»*. Así, la comercializadora insiste en que hay una *«ausencia absoluta de perjuicio»* para la reclamante, y que no puede apreciarse elemento intencional alguno por parte de FLIP ENERGÍA en cuanto a las conductas reprochadas, afirmando que, en ausencia de culpa, *«no hay infracción, ni por ende sanción»*.

FLIP ENERGÍA concluye su escrito de alegaciones invocando la vulneración del principio de proporcionalidad que proclama el artículo 29 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, tanto en la tipificación de la infracción como en la imposición de la sanción, y suplica a esta Comisión que tenga por

presentado el escrito junto con la documentación que lo acompaña, y que dicte resolución de terminación y archivo del presente procedimiento sancionador.

A su escrito de alegaciones, FLIP ENERGÍA adjunta los siguientes documentos:

- El contrato de suministro eléctrico.
- Copia de la declaración del comercial de la tienda Phone House, junto con copia de su DNI.
- Copia del correo electrónico del servicio de atención al cliente de FLIP ENERGÍA de fecha 26 de enero de 2018 dirigido a la reclamante.
- Copia del correo electrónico de la reclamante, fechado el 18 de abril de 2018 dirigido a FLIP ENERGÍA.
- Copia de los dos requerimientos efectuados por la OMIC, de fechas 31 de enero y 17 de abril de 2018, junto con la copia de la reclamación interpuesta por la consumidora.
- Copia del correo electrónico de fecha 29 de junio de 2018 por el que FLIP ENERGÍA da contestación al requerimiento efectuado por la OMIC.
- Copia de la respuesta de FLIP ENERGÍA fechada el 21 de septiembre de 2018 al primer requerimiento efectuado por la CNMC.
- Copia de la respuesta de FLIP ENERGÍA fechada el 25 de octubre de 2018 al segundo requerimiento efectuado por la CNMC.
- Copia del recibo bancario de la transferencia realizada por FLIP ENERGÍA a la cuenta de la consumidora por el importe correspondiente a las cantidades facturadas durante el periodo de vigencia del contrato de suministro.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente.

Con fecha 12 de marzo de 2019 se ha incorporado al expediente copia del depósito de las últimas cuentas anuales disponibles de FLIP ENERGÍA, correspondientes al ejercicio de 2017, obtenido mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 11 de marzo de 2019.

SEXTO. Propuesta de resolución.

El 19 de marzo de 2019 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

«Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador:

PRIMERO. *Declare que la empresa FLIP ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de los requisitos de contratación con los clientes de electricidad.*

SEGUNDO. *Imponga a FLIP ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de 50.000 (cincuenta mil) euros por la comisión de la anterior infracción, salvo que, con carácter previo a la aprobación de la resolución, dicha sociedad ejercite la opción de reconocer voluntariamente su responsabilidad, en cuyo caso la multa será un veinte por ciento inferior; pudiendo ejercitar, además, la opción de pago voluntario, en cuyo caso, el importe a ingresar en la cuenta corriente titularidad de la CNMC se reducirá en un 40%».*

La Propuesta de Resolución fue notificada a FLIP ENERGÍA el 4 de abril de 2019, según obra en el expediente administrativo.

SÉPTIMO. Alegaciones de FLIP ENERGÍA a la Propuesta de Resolución.

Transcurrido el plazo legalmente establecido FLIP ENERGÍA no realizó alegaciones a la propuesta de resolución.

OCTAVO. Elevación del expediente al Consejo.

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

NOVENO. 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, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del

Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS en este procedimiento sancionador los siguientes:

PRIMERO. [...] estaba acogida al PVPC con anterioridad al cambio de suministro de energía eléctrica con FLIP ENERGÍA.

Este hecho resulta probado:

- Por la copia de factura emitida por el anterior comercializador de energía eléctrica en relación con el punto de suministro CUPS: [...], titularidad de [...], de fecha inmediatamente anterior a que se produjera el cambio de suministro eléctrico a FLIP ENERGÍA (22 de noviembre de 2017), según la cual, la reclamante contaba con un contrato “*PVPC sin discriminación horaria*”:

SEGUNDO. FLIP ENERGÍA procedió a dar de alta el contrato de suministro de electricidad de su referencia [...], con respecto al punto de suministro CUPS: [...], titularidad de [...], sin cumplir con la obligación establecida en el artículo 5.5 *in fine* del RD 897/2017.

Este hecho queda probado:

- Porque no ha sido desvirtuado por FLIP ENERGÍA, en la medida en que la comercializadora no ha aportado ningún documento que acredite el cumplimiento de la obligación de información expresa formulada en el artículo 5.5 del RD 897/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones previstas en el párrafo 25 del artículo 65 de la misma 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, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este 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. El artículo 79 de la Ley 24/2013 dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; 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 DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 65.25 de la LSE tipifica 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»*.

La propia Ley 24/2013 ahonda en la importancia de la comunicación y las obligaciones de información como un instrumento esencial para garantizar la protección de los consumidores y la toma de decisiones suficientemente informadas. La norma se muestra especialmente prolija respecto de la necesidad de informar a los consumidores más vulnerables. En este aspecto, el artículo 45 define y establece las bases de la protección a los consumidores vulnerables, así como las características esenciales del bono social. Por su parte, el artículo 46.1. j) obliga a las empresas comercializadoras a tomar medidas adecuadas de protección del consumidor. Finalmente, no debe

olvidarse que el RD 897/2017 es una concreción de la prohibición de los métodos de venta abusivos o equívocos, expresamente prohibidos en el artículo 44.1.d) segundo párrafo de la ley sectorial.

A este respecto, el artículo 5.5 *in fine* del RD 897/2017 establece que: «*cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea receptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél.*

El incumplimiento de estas medidas de protección al consumidor con derecho a acogerse al PVPC podrá ser sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico».

A pesar de la insistencia de las normas aplicables en la importancia de la información a los consumidores, en los hechos probados fijados en la propuesta de resolución consta acreditado que FLIP ENERGÍA, S.L. no cumplió con la obligación de informar a la titular del respectivo contrato de suministro, [...] cliente acogido al PVPC con su anterior comercializador de referencia- de que al contratar con una comercializadora en mercado libre -como es FLIP ENERGÍA-, en caso de que el consumidor cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impediría la aplicación de aquél.

Si bien el artículo 5.5 del RD 897/2017 no especifica de qué manera debe articularse la obligación de información expresa a los consumidores, es indudable que tal obligación existe y que su incumplimiento es sancionable. La finalidad no es otra que garantizar que el consumidor cuenta con toda la información necesaria para valorar qué decisión tomar, conociendo los perjuicios que le puede causar tal contratación en lo relativo al derecho al bono social.

Dada la importancia y sensibilidad de la información, y habida cuenta de la gravedad de la sanción aparejada al incumplimiento, es indispensable que la información se preste con un grado suficiente de detalle y de manera acreditable, sin que una mera declaración de haber procedido a facilitar información verbalmente pueda ser considerada suficiente.

En este aspecto, la declaración del gerente de la tienda Phone House resulta insuficiente para acreditar el cumplimiento de las obligaciones de información. Esta declaración, fechada el 4 de febrero de 2019, se limita a hacer constar que «[...] formalizó en esta tienda un contrato de energía eléctrica, con FLIP ENERGÍA, S.L. [...] y que en el momento de la suscripción del contrato le informamos que [...] si estaba acogida al PVPC y cumplía con los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del contrato con [FLIP ENERGÍA] impediría la aplicación del bono social».

Dada la naturaleza del deber para el comercializador entrante y la importancia del bien jurídico protegido, el hecho de que FLIP ENERGÍA, S.L no haya aportado prueba alguna de su cumplimiento es apto para acreditar su responsabilidad. A estos efectos corresponde a la empresa comercializadora la acreditación del efectivo cumplimiento de sus obligaciones¹.

Sin embargo, frente a la obligación de información activa contenida en el artículo 5.5 del RD 897/2017, FLIP ENERGÍA, S.L. no ha sido capaz de aportar ningún documento que acredite que la información necesaria fue comunicada a la consumidora y que refleje su recepción y constancia, así como que la consumidora hubiese conocido y comprendido de manera suficientemente clara y precisa tal información y las consecuencias que su decisión tendría respecto a la renuncia al bono social.

El hecho de que las alegaciones de FLIP ENERGÍA, S.L. se limiten a la declaración del gerente no es más que el reconocimiento de que no entregó documentación o información escrita alguna con carácter previo al consumidor. Dada la facilidad con la que FLIP ENERGÍA, S.L. podría acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, y de acuerdo a la jurisprudencia asentada relativa a la facilidad probatoria², se puede concluir razonablemente que la empresa no puso a disposición de sus comerciales medio alguno que permitiera el control o supervisión del cumplimiento de la obligación y, por tanto, que permitiese satisfacer los requerimientos establecidos por el artículo 5.5 del RD 897/2017.

Por otra parte, ha de tenerse en consideración que FLIP ENERGÍA, S.L. argumenta haber remitido a la interesada un correo electrónico con posterioridad a la contratación. Sin embargo, no adjunta prueba alguna del referido correo electrónico en el que, de acuerdo a sus propios procedimientos internos, debería haber informado sobre la contratación de un nuevo suministrador eléctrico y otorgar a la consumidora la posibilidad de desistir. Todo lo anterior permite concluir que los procedimientos empleados por los servicios comerciales de FLIP ENERGÍA, S.L., en la contratación a que se refiere el presente expediente, no se adaptaron con la diligencia suficiente a las necesidades de información contenidas en la regulación del sector y no permiten justificar el cumplimiento de dichas obligaciones.

Tampoco tiene cabida la alegación relativa a que, si bien la reclamante no estaba acogida al bono social en la fecha en la que se produce la contratación con FLIP ENERGÍA, aun en el supuesto de haberlo estado, era de aplicación el periodo transitorio de seis meses establecido en la disposición transitoria primera del RD 897/2017, de manera que incluso para que su anterior compañía le reconociese el bono social -previa acreditación de los requisitos

¹Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

² En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 13 de mayo de 2011.

exigidos- la reclamante habría tenido igualmente que esperar seis meses para poder beneficiarse de dicho bono. Se trata de una cuestión incidental que olvida que el sentido único de la obligación prevista en el artículo 5.5 del RD 897/2017 y de cuyo incumplimiento se deriva la posible infracción es dar al sujeto una información precontractual clara que no está sometida a norma transitoria alguna que difiera su vigencia.

En conclusión, ninguna de las alegaciones realizadas por FLIP ENERGÍA consigue desvirtuar el incumplimiento de la obligación de información, constituyendo la conducta de FLIP ENERGÍA el hecho típico de la infracción grave recogida en el artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el 5.5 del RD 897/2017.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

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 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 es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, que señala: *«Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

Lo anterior 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 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

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.

«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.

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 y, en concreto, las relativas a la protección de los consumidores.

La conducta omisiva de FLIP ENERGÍA y el incumplimiento que la misma comporta se enmarca en el bloque normativo que tiene por objeto velar por la protección de los consumidores domésticos de energía eléctrica.

Entre estas medidas de protección se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección del suministrador, recogido en el artículo 44 c) de la Ley 24/2013. Una de las nuevas obligaciones del comercializador entrante correlativa a tal derecho, en el supuesto de que el consumidor esté acogido al PVPC, es la de informar de manera expresa a este último de las consecuencias del cambio a un comercializador en mercado libre, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.5 del RD 897/2017.

Si bien no se aprecia dolo, la culpabilidad de FLIP ENERGÍA viene dada por la negligente conducta consistente, por un lado, en no garantizar y hacer constar a la consumidora la información de las consecuencias de su cambio al mercado libre. Por otro lado, la empresa no puso a disposición de sus comerciales medio alguno que permitiera el control o supervisión del cumplimiento de la obligación. Simplemente no realizó ninguna actividad positiva para asegurar al consumidor sus derechos y asegurarse asimismo que cumplía con sus obligaciones.

Como se ha indicado en las consideraciones generales, la existencia de negligencia es suficiente para entender cumplida la exigencia en relación con la culpabilidad.

Por ello, procede concluir que la conducta de FLIP ENERGÍA es negligente y culpable, por no facilitar la información expresa sobre las consecuencias que la

contratación con una comercializadora en mercado libre podía tener para la consumidora, acogida al PVPC y potencial beneficiaria del bono social.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA.

El artículo 67 de la LSE prevé una multa de importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 de euros por la comisión de una infracción grave. No obstante, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Ahora bien, las circunstancias del presente caso justifican la aplicación del artículo 67.3 de la LSE, que permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o cuando 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. En este sentido, procede determinar la cuantía de la sanción a imponer, aplicando la escala prevista para las infracciones leves del artículo 67.1.c) de la LSE, en tanto que no ha habido dolo por parte de FLIP ENERGÍA y al tratarse, en principio, de un caso único, su antijuridicidad es limitada.

Por último, el artículo 67.4 de la LSE indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción, siendo estas las siguientes:

- 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 y 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 probabilidad de la infracción

En este sentido, y en atención al artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se tiene en cuenta el hecho de que el incumplimiento no ha supuesto peligro para la vida o la salud de las personas o la seguridad o el medio ambiente.

La conducta infractora se atribuye a la empresa a título de negligencia, sin que se haya apreciado intención dolosa. Ahora bien, es indudable que FLIP ENERGÍA ha incurrido en una dejación negligente de su obligación de información expresa sobre las consecuencias de la nueva contratación en mercado libre para el consumidor acogido a PVPC.

Lo que sí consta es que, tras la intervención de la CNMC, la comercializadora inició los mecanismos para la corrección de lo actuado y devolvió los importes facturados. Tal circunstancia de reparación del daño causado debe ser tomada en cuenta a los efectos de atenuar la culpabilidad y graduación de la sanción a imponer.

Atendidas las anteriores circunstancias, y teniendo en cuenta las últimas cuentas anuales de FLIP ENERGÍA, así como el límite del 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, la presente Resolución impone una multa de cincuenta mil (50.000) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que FLIP ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave, tipificada en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO. Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **cincuenta mil (50.000) euros por la citada infracción.**

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.