

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA, S.L.U., POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CONTRATACIÓN Y APODERAMIENTO CON LOS CLIENTES

SNC/DE/083/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 28 de julio 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:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Presentación de escrito de denuncia

Con fecha 8 de octubre de 2020 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de denuncia del representante de NATURGY IBERIA, S.A. por malas prácticas comerciales. Esta denuncia fue el origen del procedimiento CNS/DE/672/19 incoado a fin de esclarecer los hechos puestos en conocimiento de la CNMC.

En el marco de dicho procedimiento CNS/DE/672/19, tras requerimiento de información de la CNMC, el 14 de octubre de 2019, tuvo entrada escrito de alegaciones de ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA, S.L.U. (en adelante, ENÉRGYA-VM) en la explicaba los métodos y controles utilizados por esta mercantil para la contratación, así como las cláusulas contractuales y penalizaciones dispuestas para evitar malas prácticas comerciales por parte de sus fuerzas de venta externas. Con relación a las prácticas denunciadas exponía que:

- *“Pese a que los resultados del ratio de reclamaciones por cliente captado están dentro de lo normal en la actividad de comercialización, Enérgya-VM considera conveniente informar a esa Comisión de que hace un mes tuvo noticia a través de un contacto directo de NATURGY de la posibilidad de que algún canal externo a Enérgya-VM pudiera estar contactando con clientes presentándose como comerciales de NATURGY u oferentes de descuentos de NATURGY.”*
- *“Enérgya-VM inició una investigación expresa para este asunto a principios de septiembre, descubriendo que algunos operadores del canal NIVALCO SOLUCIONES COMERCIALES, S.L. podrían haber incurrido en una práctica asimilada. NIVALCO SOLUCIONES COMERCIALES, SL ha recogido parte de la plantilla del antiguo canal denominado como Energía Andalucía Oriental, S.L.U (EAO), con el cual Enérgya-VM terminó su actividad en junio de 2019.”*
- *“Tras la verificación de más de 2.000 contrataciones a través de una llamada de verificación gestionada por la mercantil [CONFIDENCIAL], se ha observado que 243 de dichas captaciones” podrían registrar incidencias compatibles con contrataciones fraudulentas.*
- *Únicamente 8 de estos 243 casos “expresaron formalmente mediante reclamación que el operador se les identificó como canal de NATURGY u oferente de servicios de NATURGY.”*
- *Que ENÉRGYA-VM no habría podido tener conocimiento de estas prácticas por no tener acceso a las presuntas comunicaciones. “De hecho, las grabaciones que han llegado a Enérgya- VM en las que figura registrada la contratación en estos ocho casos eran en muchas ocasiones de una elevada calidad, además en todos los casos como medida obligatoria, el cliente para realizar la contratación tenía que responder al SMS que contenía la información contractual, con una aceptación a la contratación.”*
- *Únicamente mediante la realización de la susodicha inspección, caso a caso, se pudo detectar esta práctica.*
- *A raíz de esta inspección ENERGYA VM ordenó la reposición de los 243 puntos de suministro afectados, la exención de la penalización por rescisión anticipada del contrato, la devolución de los importes facturados, y la cancelación de los datos de carácter personal.*
- *Que se ha interpuesto la correspondiente denuncia por [CONFIDENCIAL]*

Ante esta información, la CNMC solicitó un nuevo requerimiento de información para que ENERGYA-VM:

- i) Aportara la documentación acreditativa de una serie de CUPS, que se correspondían con los 8 señalados en el escrito de respuesta que presentaron

reclamación, junto con un muestreo para la fuerza de venta [CONFIDENCIAL] que según el escrito nutrió los comerciales de Nivalco Soluciones Comerciales S.L. Asimismo, se incluyeron muestreos adicionales para aquellas fuerzas comerciales que mostraron peores ratios por las reclamaciones recibidas. En total una muestra de 58 CUPS fue requerida.

- ii) Aportara específicamente el listado de los 243 CUPS detectados durante la inspección realizada por [CONFIDENCIAL], que podrían registrar incidencias compatibles con contrataciones fraudulentas.

Con fecha 10 de diciembre, tuvo entrada en el registro de la CNMC respuesta de ENERGYA VM en la que aportaba la información solicitada, puntualizando que:

“A este respecto debemos señalar que 186 de los 243 Clientes, han tramitado su resolución del Contrato sin dificultad alguna, en línea con lo expuesto en nuestro primer escrito de respuesta en este expediente. Nótese entonces que 57 clientes han decidido mantener su contrato con Enérgya-VM tras haber sido contactados para ofrecerles la resolución anticipada sin penalización. Ello es coherente, ya que se encontraban casos en los que la contratación se realizó de forma correcta si bien Enérgya-VM quiso mantener un criterio de prudencia, ante la incertidumbre de la situación generada y decidió englobar a todos los casos como potencialmente problemáticos.”

De este listado se requirió una muestra aleatoria de 20 CUPS para su correspondiente análisis, que tuvo entrada el 11 de febrero de 2020.

SEGUNDO. Presentación de escrito de denuncia

Con fecha 4 de mayo de 2020, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia de D. [CONFIDENCIAL] por cambio de comercializador sin consentimiento. Esta denuncia, que ponía de manifiesto prácticas similares a las denunciadas en el expediente CNS/DE/672/19, fue el origen del procedimiento CNS/DE/696/20.

En el marco del procedimiento CNS/DE/696/20, tras requerimiento de información de la CNMC, el 10 de julio de 2020, tuvo entrada escrito de respuesta de ENERGYA VM en el que aportó un listado con las contrataciones telefónicas efectuadas por NIVALCO entre el 15 de febrero de 2020 y el 15 de mayo de 2020 (ambas fechas inclusive), especificando si se había recibido reclamación por disconformidad en el cambio, si continuaban con ENERGYA-VM, y si habían sufrido en caso contrario penalización por rescisión anticipada del contrato.

Posteriormente, el 14 de septiembre de 2020 se envió un nuevo requerimiento de información para una serie de muestras sobre el listado de las contrataciones previamente comunicadas. En este requerimiento se especificaba que se aportara, de disponer de la misma, la grabación de la conversación con el consumidor previa a la contratación para los CUPS.

Así, se solicitaron las siguientes muestras: a) CUPS que reclamaron por disconformidad con la contratación (14 CUPS), b) CUPS que rescindieron anticipadamente el contrato incurriendo una penalización por ello (30 CUPS) y c) un muestreo aleatorio sobre los cambios que [CONFIDENCIAL] declaró como no conformes y finalmente no fueron activados (20 CUPS).

Los días 21 de septiembre y 6 de noviembre de 2020, y el 18 de enero de 2021 ENERGY VM atendió el requerimiento de información cursado y presentó información complementaria.

TERCERO. Presuntas malas prácticas detectadas

Del estudio y análisis de los datos requeridos en el marco de las actuaciones realizadas en los procedimientos CNS/DE/672/20 y CNS/DE/696/20 se han advertido las siguientes presuntas irregularidades -desglosadas en función en la intervención de NIVALCO SOLUCIONES COMERCIALES, S.L. o de [CONFIDENCIAL]- que, a continuación, se relacionan: [CONFIDENCIAL]

Estas prácticas esencialmente consisten en la confusión/desconocimiento del consumidor de las figuras de distribuidor y comercializador, reduciendo el papel del comercializador al de un mero facturador, y partiendo de inicio con el argumento falso de que al consumidor le viene dado el cambio de suministrador como una suerte de obligación normativa. Se difunde la idea de que la aplicación/renovación de los descuentos que se realizan todos los años y que van aparejados a un cambio del comercializador que se efectúa anualmente. Todo ello con la apariencia de un mero trámite que de no ejecutarse comportaría un aumento sustancial de la factura.

Además, NIVALCO se presenta como un actor neutral; esto es, una asesoría energética que le busca al consumidor la comercializadora que le ofrece un mejor descuento.

Con esta práctica el consumidor accede convencido al cambio de comercializador con ENERGY-VM creyendo que ésta es la comercializadora

que le correspondería ese año o que es la que tiene mejor oferta disponible, y que su papel es el de una mera facturadora y “aplicadora” de descuentos.

CUARTO. Acuerdo de incoación

Con fecha 3 de noviembre de 2021 la Directora 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 (en adelante «Ley 3/2013») 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 (en adelante «Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENÉRGYA-VM como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en los artículos 66.4 de la Ley 24/2013 y 111.d) de la Ley 34/1998, por el incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, en relación con el artículo 46.1 de la Ley 24/2013.

Según el acuerdo de incoación, los hechos concretos imputados radican en relación con el presunto incumplimiento de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes correspondientes con los CUPS identificados en el antecedente tercero de esta Resolución.

El acuerdo fue notificado telemáticamente a la empresa el día 10 de noviembre de 2021.

CUARTO. Alegaciones de ENÉRGYA-VM al acuerdo de incoación.

Tras la concesión de la ampliación de plazo solicitada y el acceso al expediente, la empresa ENÉRGYA-VM, con fecha 1 de diciembre de 2021, presentó en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que ENÉRGYA VM no ha vulnerado los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, en tanto los consumidores asociados a los CUPS referenciados han otorgado su consentimiento efectivo.
- Que ENÉRGYA VM dispone de una serie de procedimientos de contratación y códigos de buenas prácticas que garantiza el cumplimiento de las obligaciones de contratación y protección de los derechos de los consumidores.
- Que respecto a los CUPS (30) en los que habría intervenido la sociedad NIVALCO, también se siguió el procedimiento de contratación aludido; esto es: llamada telefónica, envío de SMS al consumidor, contestación afirmativa al SMS y, finalmente, envío de la documentación acreditativa de la

- formalización del contrato de suministro. Consta acreditado en el expediente el consentimiento prestado por los consumidores.
- Que, entre los 30 CUPS, veinte (20) de ellos, se refieren a supuestos de rescisión unilateral del contrato de suministro con penalización. Esta práctica es perfectamente compatible con la normativa sectorial. En los otros diez (10) CUPS las reclamaciones presentadas se corresponden con supuesto habituales en el mercado.
 - Que, en cuanto al listado de 5 CUPS de la sociedad [CONFIDENCIAL] nunca tuvieron activada la contratación de su suministro y, por lo tanto, no se procedió al cambio de comercializador.
 - Que, finalmente, se debe suspender el procedimiento por prejudicialidad penal, en tanto el presente procedimiento tiene, a juicio de ENERGYA VM, vinculación con el orden penal derivado de la denuncia por los presuntos delitos de [CONFIDENCIAL].

Por todo lo anterior, concluye su escrito de alegaciones solicitando que se archive el expediente y, en caso contrario, se abra un periodo probatorio a los efectos de admitir y practicar la prueba documental aportada, y subsidiariamente, se suspenda el procedimiento por prejudicialidad penal.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 31 de mayo de 2022 se incorporaron al expediente las cuentas de ENÉRGYA-VM correspondientes al año 2020, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 31 de mayo de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 271.547.300,11 euros.

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 7 de junio de 2022 la Directora de Energía 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 ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve continuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro.

SEGUNDO. Imponga a ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA S.L. por ello una sanción consistente en el pago de una multa de ciento veinte mil euros (120.000) euros por la comisión de la anterior infracción.

TERCERO. Declare que la empresa ENERGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve continuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111. d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, por incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro.

CUARTO. Imponga a ENERGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L., por ello una sanción consistente en el pago de una multa de treinta mil euros (30.000) euros por la comisión de la anterior infracción.”

Con fecha 9 de junio de 2022 a las 11:25 horas, ENÉRGYA-VM accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el mismo día, según obra en el expediente administrativo.

SÉPTIMO. Alegaciones de ENÉRGYA-VM a la propuesta de Resolución

Por escrito que tuvo entrada en el Registro de la CNMC el 23 de junio de 2022, ENÉRGYA-VM efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución:

- Los documentos aportados por la empresa no pueden acreditar los hechos probados
- Que consta el procedimiento de contratación y código de buenas prácticas comerciales de la empresa, así como la relación contractual con Nivalco y, en concreto, respecto de los CUPS las grabaciones, documento certificación SMS
- Sobre el principio de tipicidad, que la CNMC determina que el tipo corresponde con el tipo infractor (i) no verificar la identidad del consumidor y (ii) no obtener el efectivo consentimiento a la contratación del suministro por parte del consumidor. Ninguno se corresponde con la conducta de ENERGYA-VM
- Sobre el principio de culpabilidad, que ENÉRGYA-VM cuenta con (i) una serie de procedimientos y Códigos que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de contratación y protección de los derechos de los consumidores de electricidad y gas, (ii) Acuerdo de Promoción de Contratos a Comisión con Nivalco con obligaciones en relación con la presentación al cliente de la oferta, (iii) denuncias presentadas por delitos de estafa y falsedad documental. En la propuesta, se pretende aplicar una responsabilidad objetiva o de resultado
- ENERGYA-VM que ha sido la primera perjudicada
- Que existe prejudicialidad penal, con identidad de sujeto, hecho y fundamento por vinculación en el ejercicio de la potestad sancionadora a los hechos que se declaren probados en el procedimiento penal

- Que la cuantía de la sanción es incongruente, debiendo ascender como máximo a 100.000 euros, en los términos de los fundamentos de la propuesta

ENERGYA-VM solicita el inmediato archivo del expediente sancionador.

Además, ENERGYA-VM, a los efectos del art.85 de la Ley 39/2015, pone de manifiesto que no reconoce su responsabilidad al discrepar en la calificación de los hechos y expresa su voluntad de acogerse a lo previsto en el art.85.2 de la Ley 39/2015 y realizar el pago voluntario de la sanción con aplicación de una reducción del 20% del importe de la sanción. Asimismo solicita que se aclare la incongruencia existente en el fallo de la propuesta y se emita el correspondiente MODELO con el fin de que ENERGYA-VM pueda efectuar el pago.

Mediante escrito del secretario del procedimiento de 23 de junio de 2022, se remitió modelo 069 por importe de 120.000 euros, tras reafirmación de que la propuesta establecía una sanción conjunta de 150.000 euros.

Tras la remisión del correspondiente modelo, con fecha 7 de julio de 2022, tuvo entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito de ENERGYA-VM reiterando la solicitud que se aclarara la incongruencia en la cuantía de la sanción propuesta, debiendo fijar la misma en una cuenta máxima de 100.000 euros y, una vez aclarada, se facilite a ENERGYA un nuevo modelo impreso 069 con la sanción de 100.000 euros a fin de acogerse a la aplicación del 20% del importe de la misma. Asimismo, la empresa solicita la suspensión del plazo relativo a la continuación en la tramitación del expediente y no se dicte resolución en tanto no se aclare la incongruencia en la cuantía de la sanción propuesta y se reciba un nuevo modelo en el que conste el reducción del 20%.

OCTAVO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha de 6 de julio 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.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se considera HECHO PROBADO de este procedimiento que:

ÚNICO. La comercializadora ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA, S.L.U. durante el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020, realizó de forma continuada llamadas telefónicas, a través de la sociedad NIVALCO

SOLUCIONES COMERCIALES, S.L., que viciaron el consentimiento prestado por una pluralidad de consumidores de electricidad y gas -que se corresponden con los CUPS que, a continuación, se relacionan- para cambiar sus correspondientes contratos de suministro: **[CONFIDENCIAL]**

Esta conducta ha sido acreditada a través de las grabaciones telefónicas aportadas por la ENERGYA VM y que constan en el folio 19 del expediente administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético debiendo realizar propuesta de Resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 24/2013) y en el artículo 116.3.c) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, Ley 34/1998), se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 66.4 y en el artículo 111.d) de las respectivas Leyes.

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.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

Resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo II del Título X de la Ley 24/2013 y el Título VI de la Ley 34/1998. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/2013 y 115.2 de la Ley 34/1998, 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, del 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).

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 66.4 de la Ley 24/2013 y el 111.d) de la Ley 34/1998, contempla entre las infracciones leves, *“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, de forma continuada a lo largo del periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020, la comercializadora ENERGYA VM, a través de entidades por ella contratadas (“fuerzas de ventas”), realizó llamadas telefónicas a potenciales consumidores ofertando condiciones comerciales falaces y facilitando informaciones imprecisas o manifiestamente erróneas con el objeto de asegurar en una llamada posterior el cambio de suministrador eléctrico y gasista en favor de ENERGYA VM. Así, se ha podido acreditar a través del detallado análisis de las grabaciones telefónicas que constan en el expediente.

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 refieren los citados artículos 66.4 de la Ley 24/2013 y 111.d) de la Ley 34/1998. Por tanto, la conducta desarrollada por ENERGYA VM es plenamente subsumible en los dos tipos sancionadores citados y lo es de forma continuada, dado el periodo en el que dicha conducta ha quedado acreditada.

Sostiene reiteradamente ENERGYA VM que su conducta no es subsumible en el tipo señalado debido a que tanto a través de la grabación telefónica (la segunda del “procedimiento”) y mediante envío/confirmación del mensaje SMS los consumidores han prestado el correspondiente consentimiento al cambio de suministrador. Sin embargo, tal y como ha quedado acreditado, resulta que con carácter previo a la aludida llamada y posterior mensaje SMS, se produce por parte de las entidades contratadas por ENERGYA VM un contacto previo con el consumidor en el que se ofertan condiciones inciertas y que, sin duda alguna, genera una expectativa errónea a los consumidores. Es evidente que esta conducta – que el comercializador pretende desligar de su actuación – vicia el consentimiento posteriormente prestado por los consumidores.

En definitiva, esta conducta que vicia el consentimiento otorgado por los consumidores, resulta típica en relación con lo dispuesto en los preceptos reseñados, de tal forma que se ha infringido el derecho de los consumidores a elegir su suministrador y a formalizar los contratos de suministro de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación, tal y como se ha señalado.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LAS INFRACCIONES

Una vez acreditada la existencia de dos infracciones creadas y tipificadas por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP, según el cual *«solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

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.

Entre éstas se encuentra destacadamente la de garantizar el derecho del consumidor a la elección de suministrador eléctrico y 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, ENERGY-VM ha obtenido un consentimiento viciado del consumidor por la existencia de una previa información no veraz. Según ha quedado acreditado (y reconoce la propia comercializadora) el cambio de comercializador se producía como resultado de un procedimiento complejo en el que se encadenaban dos llamadas telefónicas. En la primera de ellas, que se ejecutaba a través de otra sociedad de su red de ventas -NIVALCO-, se ofrecía una información falaz que permitía, mediante una segunda llamada telefónica, obtener consentimiento manifiestamente viciado.

Sostiene reiteradamente ENERGY-VM que la actuación de NIVALCO -que pertenecía a las fuerzas de ventas que realizaban la primera de las llamadas- no puede jurídicamente imputarse al comercializador. Sin embargo, tal y como se ha indicado en la propuesta, lo relevante en el presente procedimiento es que el consentimiento prestado por los consumidores ya estaba viciado por una información errónea y el comercializador no desplegó la mínima diligencia exigible para verificar que el consumidor prestaba su consentimiento de forma correcta. El desglose en el proceso de contratación telefónica (dos llamadas) no

puede eximir al comercializador de su responsabilidad jurídico-administrativa de acreditar la correcta voluntad del consumidor.

Lo cierto es que esta política comercial fue desarrollada por ENERGYA-VM, y sus fuerzas de ventas, durante todo el periodo comprendido, al menos, desde el mes de febrero al de mayo de 2020. Y ello fue así, a pesar de la denuncia inicial de NATURGY IBERIA, de las tasas anómalas de rescisión anticipada mostrada por NIVALCO, de disponer o tener acceso a locuciones de los comerciales de NIVALCO y a las locuciones de comprobación de la contratación que evidenciaban esta mala praxis. Lo cierto es que ENERGYA-VM no detectó, o si lo hizo, no tomó medida correctora alguna durante dicho periodo, limitándose a rescindir el contrato con NIVALCO el 30 de junio de 2020 *“con motivo de la reducción general de costes Energya-VM”*.

Por todo ello, debe concluirse que ENERGYA VM ha actuado con una evidente falta de diligencia en la comprobación del correcto consentimiento de los consumidores, por lo que se le responsabiliza de la misma a título de negligencia culpable.

V. OTRAS ALEGACIONES: PREJUDICIALIDAD PENAL

ENERGYA VM presentó ante la Jurisdicción penal, [CONFIDENCIAL]

Alega ENERGYA VM que, como consecuencia de la interposición de la denuncia y de las correspondientes actuaciones judiciales, el presente procedimiento debe ser de inmediato suspendido. Sustenta su pretensión en lo dispuesto en los artículos 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; 46.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 10 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial; y 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

No obstante los preceptos anteriores, la pretensión de suspensión debe ser rechazada por el siguiente motivo: Los artículos reproducidos se insertan en nuestro Ordenamiento con el claro objeto de evitar que una misma conducta sea jurídicamente reprochada a un sujeto/administrado tanto en vía penal como en vía administrativa, para lo que establece un mecanismo de prelación del procedimiento penal sobre el procedimiento administrativo con la consecuente suspensión del segundo, en caso de concurrir ambos procedimientos.

Sin embargo, para que dicho supuesto pueda ser aplicable es necesario que exista una identidad entre sujeto, hecho y fundamento, tal y como el propio interesado pone de manifiesto en el texto extraído de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2019, número 249/2018. Pues bien, a la vista de la documental obrante en el expediente, se advierte que los presuntos delitos penales objeto de análisis son los relativos a

estafa y falsedad documental que tienen como fundamento [CONFIDENCIAL] y, sin embargo, en el presente procedimiento el fundamento de la actuación de esta Comisión es la defensa y protección de los consumidores que han sufrido un cambio de suministrador sin evacuar su propio consentimiento. Por ello, resulta evidente que el fundamento de ambos ámbitos no es concurrente.

Por otra parte, en el presente procedimiento administrativo sancionador la conducta evaluada es la existencia o inexistencia de consentimiento válidamente emitido por los consumidores afectados por el cambio de comercializador. Pues bien, tales hechos, esto es, la inexistencia de válido consentimiento de los consumidores en los términos que exige la normativa, resultan probados de forma indubitada en el expediente del que trae causa la presente resolución. Todo ello sin perjuicio de la concreta actuación que haya llevado a término [CONFIDENCIAL], cuestión que será objeto del análisis por parte de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, señalar que en el presente procedimiento, el tipo infractor determina la necesidad de valorar la culpabilidad que tiene ENERGYA VM frente a los concretos consumidores, en su condición de comercializadora, en los hechos que resulten probados. Sin embargo, en las actuaciones penales se investiga [CONFIDENCIAL].

En definitiva, dada la inexistencia de identidad en las cuestiones reseñadas por cuanto el presente procedimiento tiene por objeto la calificación jurídica de la conducta llevada a cabo por la comercializadora ENERGYA VM, a través de la cual ha viciado la libre voluntad de una pluralidad de consumidores, vulnerando con ello las obligaciones normativas que los sujetos comercializadores tienen que cumplir y las medidas de protección al consumidor energético, procede concluir que no concurre en el presente caso la identidad exigida para la aplicación de la pretendida suspensión del presente procedimiento.

VI. SANCIONES QUE SE FORMULAN, APLICABLES A LAS INFRACCIONES COMETIDAS

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 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.*

- 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 otra parte, el artículo 113 de la Ley 34/1998 prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 1% del importe del volumen de negocios anual del sujeto infractor.

Así, el artículo 113.3 de la citada ley indica que las sanciones se graduarán atendiendo a criterios de proporcionalidad y a las circunstancias reseñadas en el artículo 112 del mismo precepto:

- “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.*
- f) La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme”.*

Teniendo en cuenta la naturaleza de las infracciones de riesgo cometidas, se considera que no concurre ninguna circunstancia que agrave su trascendencia en lo referente a la importancia del daño o perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013 y 113.1 de la Ley 34/1998, se ha solicitado el depósito de las últimas cuentas disponibles de la comercializadora, resultando que el importe neto de la cifra de negocios de ENEGYA-VM asciende a 271.547.300,11 euros.

Valorados los criterios citados en los artículos 67.4 de la Ley 24/2013 y 112 de la Ley 34/1998, en relación con el peligro resultante de las infracciones, la importancia del daño, perjuicios sobre el suministro, grado de participación, beneficio obtenido, intencionalidad e impacto sobre la sostenibilidad del sistema, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance de los incumplimientos según constan en el Hecho Probado único, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer dos multas a ENEGYA-VM: (i) por un importe de ciento veinte mil euros (120.000),

correspondiente a la infracción leve continuada del artículo 66.4 de la Ley 24/2013 y (ii) por un importe de treinta mil euros (30.000), correspondiente a la infracción leve continuada del artículo 111.d) de la Ley 34/1998.

ENERGYA VM, en sus alegaciones a la propuesta de resolución pidió la emisión del Modelo 069 una vez que se hubiera aclarado la incongruencia -más bien un error material- entre la cantidad indicada en el cuerpo de la propuesta y la parte dispositiva de la misma. En este punto se emitió un oficio indicando que de las dos cantidades en contradicción, la correcta era, como no podía ser de otro modo, la que figuraba como propuesta y en consecuencia con lo anterior se emitió el Modelo 069. Con ello quedó aclarada la supuesta discrepancia.

Frente a ello ENERGYA VM vuelve a plantear la misma alegación -ya contestada- con expresa petición de suspensión del procedimiento y de emisión de nuevo modelo 069 al entender -intencionadamente- que se les ha de poner la sanción de cuantía más baja. Por tanto, este nuevo escrito de alegaciones ya contestadas únicamente puede ser considerada como una alegación de minoración de la sanción propuesta a 100.000 euros (esto es, 50.000 euros por cada una de las dos infracciones). Al respecto, esta Sala debe manifestar que resulta estar conforme con la propuesta reseñada, esto es, la imposición de dos sanciones, una por valor de 120.000 euros y otra por valor de 30.000 euros. Ello así resulta en la medida que, tal y como está constatado en el hecho probado de la presente resolución, el número de CUPS de electricidad afectados asciende a 24 y el de CUPS de gas afectados asciende a 6, determinándose pues que durante el periodo en el que queda constatada la conducta de ENEGYA-VM que da lugar a la existencia de las dos infracciones continuadas, la incidencia en consumidores de electricidad ha sido muy superior respecto de los consumidores gasistas.

Sentando todo lo anterior, de conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permitía 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 podría implicar la terminación del 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 aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí hasta alcanzar una reducción total del 40%.

En el presente caso, ENERGY-VM no ha reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción ni tampoco, aun cuando le ha sido emitido el correspondiente modelo 069 con el importe de la sanción reducido (20%) por pago voluntario, ha procedido a pagar la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, según consta aclarada en el oficio de remisión del modelo 069 con los importes propuestos, y habiendo sido, en todo caso, informada de tal posibilidad en la propuesta de resolución adoptada. De este modo, no procede aplicar reducción alguna a las sanciones impuestas de ciento veinte mil y treinta mil euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA S.L.es responsable de la comisión de una infracción leve continuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de electricidad en el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020, correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de ciento veinte mil euros (120.000 €).

SEGUNDO.. Declarar que la empresa ENÉRGYA-VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA S.L.es responsable de la comisión de una infracción leve continuada, 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 sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro de gas en el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020, correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de treinta mil euros (30.000 €).

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.