

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD PEPE ENERGY, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

(SNC/DE/022/24)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 25 de abril de 2024

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES

Primero. Actuaciones previas.

Conforme queda acreditado en el expediente IS/DE/020/22, en el marco del procedimiento de verificación del efectivo consentimiento al cambio de comercializador durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2021 y el 30 de junio de 2022, de referencia IS/DE/020/22, con fecha 13 de enero de 2023 la Directora de Energía de la CNMC requirió a PEPE ENERGY, S.L. (en adelante, PEPE ENERGY) el soporte documental que acreditase el consentimiento al cambio de suministrador de los siguientes CUPS: [CONFIDENCIAL]

Con fecha 23 de febrero de 2023, PEPE ENERGY dio contestación al requerimiento evacuado.

Tras el análisis de la documentación aportada por PEPE ENERGY, el 12 de junio de 2023, la Directora de Energía de la CNMC solicitó alegaciones o cualquier documentación adicional que acreditase el consentimiento del consumidor al cambio de comercializador en una serie de CUPS. En lo relativo a los CUPS

anteriormente citados, se informaba que la documentación inicialmente aportada era insuficiente, al no evidenciarse la información al consumidor de la pérdida del bono social derivada de la contratación.

Con fecha 13 de julio de 2023 PEPE ENERGY contestó al citado requerimiento, aportando la información solicitada y, en lo relativo a los CUPS mencionados, aportando documentación relativa a los procesos de switching con la distribuidora, informó de lo siguiente:

“Siguiendo las posibilidades que ofrece el flujograma para el intercambio con las distribuidoras, todas nuestras contrataciones se realizan con el indicativo condicional del bono social, para que la distribuidora nos rechace la contratación si el punto de suministro dispone del bono social. En aquellos casos, se solicita el documento. Si bien Pepe Energy, S.L. solicitó la contratación con el condicionamiento (se aporta) en todos los casos, no se produjo el rechazo por parte de la distribuidora (se aporta), por lo que no se solicitó información ninguna al cliente.”

Segundo. Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 9 de febrero de 2024 se ha incorporado al expediente copia del depósito de las últimas cuentas anuales disponibles de la sociedad PEPE ENERGY, S.L. correspondientes al ejercicio 2022, obtenido mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 8 de febrero de 2024. El importe neto de la cifra de negocios de PEPE ENERGY asciende a 46.227.000 euros.

Tercero. Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 12 de febrero de 2024, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Directora de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra PEPE ENERGY como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico), por presunto incumplimiento de las medidas de protección al consumidor contenidas en el artículo 46.1 j) de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con 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 (RD 897/2017).

Según el acuerdo de incoación, los hechos radican en el presunto incumplimiento de las medidas de protección de los consumidores, por no acreditar que la comercializadora ha cumplido con su obligación de informar expresamente al consumidor de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará

que no resulte aplicable el bono social al que ya estuviera acogido o, en caso de que no lo tuviera, de que si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél. En concreto, la conducta se refiere a los CUPS de electricidad [CONFIDENCIAL].

El acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 21 de febrero de 2024. PEPE ENERGY accedió a la notificación el día, según obra en el expediente administrativo.

Cuarto. Alegaciones de PEPE ENERGY a la incoación

Con fecha 1 de marzo de 2024 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de PEPE ENERGY. El contenido de las alegaciones es el siguiente:

- PEPE ENERGY, S.L. cumple con las obligaciones que se establecen en el artículo 46.1 j) de la Ley del Sector Eléctrico y en el artículo 5.5 del RD 897/2017.
- La contratación de los CUPS [CONFIDENCIALIDAD] se realizó presencialmente, en dos tiendas físicas distintas. En estos puntos de venta los responsables de las tiendas son quienes presentan al cliente la oferta comercial y le informan de las condiciones adicionales y completas de la contratación, entre ellas la circunstancia de que si el cliente o el punto de suministro contratado es beneficiario del bono social, en el caso de que se contrate con PEPE ENERGY dará lugar a su pérdida y no podrá beneficiarse del mismo, quedando el cliente informado de esta circunstancia, en cumplimiento de la normativa antes indicada.
- PEPE ENERGY tiene establecido un proceso de contratación presencial en tienda física en la que el personal comercial que atiende debe seguir un protocolo de actuación por el que se debe informar a los clientes de todas las condiciones de contratación y del resto de información que, tanto la normativa sectorial eléctrica como la general de consumidores y usuarios, impone a las comercializadoras eléctricas de libre mercado, entre las que se encuentra la obligación de informar de todas las condiciones que concurren en relación con el bono social, de acuerdo con la normativa.
- Estas garantías para el cliente en el “íter de contratación” se concretan a través de varios instrumentos y métodos procedimentales que deben seguir los distribuidores. En primer lugar, los distribuidores, tiendas y comerciales de PEPE ENERGY están obligados a cumplir y deber realizar la comercialización de sus productos de energía de acuerdo con el MANUAL OPERATIVO DE PRODUCTOS Y PROCESOS que se les entrega y tienen disponible en el portal del distribuidor. PEPE ENERGY pactó expresamente con los dos distribuidores; con la distribuidora [CONFIDENCIALIDAD], que para la comercialización de los productos de PEPE ENERGY la

comercialización se haría de acuerdo con *“las pautas descritas en el manual operativo publicado en el portal del distribuidor. Aporta contratos de distribución y Manual Operativo de Productos y Procesos.*

- Los responsables de PEPE ENERGY realizan de manera periódica cursos de formación (se adjunta video) para todos sus distribuidores y comerciales, como es el caso de los que comercializaron los contratos analizados por la CNMC, al efecto de que dispongan, actualicen y refresquen todas las novedades normativas, criterios comerciales y mejores prácticas en la comercialización de los productos de energía.
- Se ha consultado directa y expresamente por parte de PEPE ENERGY con los dos distribuidores que presencialmente realizaron la contratación de los dos CUPS y han confirmado que en las contrataciones siguieron los criterios de información a clientes contenidos tanto en el MANUAL OPERATIVO DE PRODUCTOS Y PROCESOS como en la presentación de PRODUCTO ARGUMENTARIO COMERCIAL (que se adjunta), informando adecuadamente del bono social a los dos clientes y de que si contrataban con PEPE ENERGY no les sería aplicable este producto, de acuerdo con la normativa.
- Dentro de este proceso de contratación de PEPE ENERGY existía en el momento de la contratación un elemento adicional de garantía para el cliente y para asegurar la adecuación a la normativa en relación con el bono social, consistente en que una vez realizada la contratación se solicitaba a la distribuidora la activación del contrato de suministro de manera Incondicionada IBS, siguiendo el criterio actualizado del documento de la CNMC “Formato de los Ficheros de Intercambio Tablas de Códigos Energía Eléctrica” de fecha 17 de diciembre de 2019. Para este tipo de solicitud, y de acuerdo con el criterio de aplicación D1, aplicará cuando el comercializador entrante informa en su solicitud de cambio el cambio “Contratación Incondicional IBS” como “N”. En este caso, el distribuidor rechaza el cambio si el punto de suministro está acogido al bono social.
- Si el punto de suministro está acogido a bono social la distribuidora debe rechazar el cambio de comercializadora y es en este momento cuando PEPE ENERGY vuelve de nuevo al cliente, a pesar de que como hemos visto, ya le ha informado debidamente en el proceso de contratación que la comercializadora PEPE ENERGY no aplicará el bono social, para confirmar de nuevo su voluntad de contratar y pedirle que confirme y suscriba el documento modelo que dispone PEPE ENERGY (se adjunta).
- Este elemento de garantía adicional para el cliente es el que se siguió por PEPE ENERGY con los dos CUPS que nos ocupan, para los que se solicitó una Contratación Incondicional IBS tal y como resulta de los dos mensajes de solicitud XML (se adjuntan). Sin embargo, la distribuidora activó directamente el servicio indebidamente, sin rechazarlos por estar el

- suministro acogido a bono social, lo que determinó que el documento de confirmación no operase
- por error de la distribuidora quien, en contra del procedimiento establecido por la CNMC no rechazó la activación. Puede comprobarse que, si la distribuidora hubiera cumplido con el proceso establecido, se habría mandado a los clientes la carta modelo que se tiene preparada.
 - El procedimiento establecido por PEPE ENERGY para garantizar los derechos reconocidos en la normativa a los consumidores vulnerables es correcto y suficientemente garantista y que para los casos analizados se aplicaron todas las medidas de protección al consumidor necesarias y adecuadas. Por ello, debe procederse al archivo de este expediente por no haber incurrido PEPE en ningún tipo de infracción administrativa.”
 - La cifra de negocios del año 2022 que figura en el acuerdo de incoación es correcta, no obstante, se informa que las cuentas anuales de PEPE del año 2023 están confeccionadas, pero están aún en trámite de auditoría y pendientes de ser formuladas y aprobadas. En cualquier caso, [CONFIDENCIAL]
 - La sanción que propone la CNMC en su Acuerdo de inicio es arbitraria y debe ser revisada, reduciéndose, atendiendo a las circunstancias que concurren en el presente caso y a los precedentes administrativos que no vinculan pero que determinan su invalidez por no estar suficientemente motivada la separación del criterio seguido anteriormente. La CNMC dispone de varios precedentes administrativos iguales o incluso más graves a los que son objeto de este expediente sancionador y en los que otras comercializadoras han sido objeto de unas sanciones mucho menores atendiendo las circunstancias que en los mismos han concurrido.(se aportan resoluciones)
 - De acuerdo con los elementos de graduación de las sanciones previstas tanto en la normativa general como sectorial indicados la CNMC debiera aplicar el apartado 4 del artículo 67 y reducir la sanción de 96.000 euros, que parece desproporcionada atendiendo a las circunstancias existentes: (i) no concurren las agravantes previstas en el art. 67.4 a), c), e), f) y g) de la LSE, (ii) no ha existido daño (art.67.4.b) LSE ni beneficio para PEPENERGY (art.67.4.d) LSE) porque PEPE ENERGY ha procedido a la anulación de las facturas emitidas a los titulares de los dos suministros afectados y a la devolución de todas las cantidades que pagaron, de tal manera que el daño sufrido por los mismos no sólo ha sido de 0 euros, sino que incluso, PEPE ENERGY ha asumido el coste de la energía consumida por estos clientes. (se aporta documentación) y (iii) no ha existido intencionalidad (tiene un procedimiento que garantiza la debida información sobre el bono social de los clientes).
 - Concurren circunstancias de graduación de tipo atenuantes que deben aplicarse: precedentes administrativos sancionados con cantidades muy inferiores, la reparación a los afectados, ausencia de intencionalidad y

culpabilidad, ausencia de reiteración y reincidencia y que el hecho de no poder acreditar de forma documental de manera fehaciente, el cumplimiento de una obligación reglamentaria no supone que se haya producido la infracción de la normativa y se hubiese informado debidamente a los clientes de todas las circunstancias que concurrían y de todos los derechos que les correspondía.

- Sin perjuicio de todo lo indicado, a la vista del inicio del sancionador y la interpretación que hace la Administración de la normativa aplicable, y al objeto de mejorar la eficacia probatoria del cumplimiento de esta normativa por parte de PEPE ENERGY se ha decidido que en lo sucesivo, para el caso de nuevos contratos suscritos con los clientes, se procederá, además de a informar a los clientes en relación con el bono social tal y como se ha indicado, a pedirle al cliente que suscriba el modelo de Documento F de renuncia a la aplicación del bono social que se acompaña, en el que reconoce que ha sido informado sobre el mismo y que desea contratar con PEPE ENERGY.

PEPE ENERGY, S.L. finaliza su escrito solicitando que se acuerde el archivo del procedimiento y, subsidiariamente, se imponga una sanción proporcional equivalente a una multa de diez mil euros.

Quinto. Propuesta de resolución

El 17 de marzo de 2024 la Directora de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente expediente sancionador, que:

“PRIMERO. *Declare que la empresa PEPE ENERGY, 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 sus obligaciones en relación con las medidas de protección de los consumidores.*

SEGUNDO. *Imponga a PEPE ENERGY, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de noventa y seis mil (96.000) euros por la comisión de la anterior infracción, salvo que reconozca voluntariamente su responsabilidad y/o proceda al pago voluntario de la sanción en cualquier momento anterior a que se dicte la resolución, en cuyo caso, se acuerde la reducción de la sanción prevista en el artículo 85 de la Ley 39/2015.”.*

Asimismo, se comunicó a la interesada que podía reconocer su responsabilidad y proceder al pago voluntario de la sanción a los efectos de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

Con fecha 18 de marzo de 2024, PEPE ENERGY 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.

Sexto. Alegaciones de PEPE ENERGY a la propuesta de resolución

Con fecha de 2 de abril de 2024 tuvo entrada en la CNMC formulario de reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario de sanciones por parte de PEPE ENERGY en el que manifiesta, en síntesis, que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de las infracciones en los términos expuestos en la propuesta de resolución y que procederá al pago voluntario de las sanciones con anterioridad a que se dicte la resolución sancionadora, solicitando la expedición del correspondiente Modelo de Ingresos no Tributarios.

Por ello, la empresa solicita acogerse a las reducciones previstas en el artículo 85 LPAC, que están condicionadas al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Tras la remisión el 8 de abril de 2024 del correspondiente modelo emitido por parte de la instrucción, consta emisión de justificante del pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (40%) por 57.600 euros con fecha valor de ingreso del 10 de abril de 2024.

Séptimo. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 12 de abril de 2024, junto con el resto de los documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23.a) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

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

HECHOS PROBADOS

UNICO- PEPE ENERGY suscribió dos contratos de suministro de electricidad en fechas 20 de octubre y 21 de diciembre de 2021 para los CUPS

[CONFIDENCIAL], respectivamente, sin cumplir la medida de protección de los consumidores consistente en informar expresamente a los consumidores acogidos al bono social de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social, aportándose dicha información en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII del RD 897/2017.

Este hecho ha quedado acreditado en la instrucción del presente procedimiento sancionador. Así, de la documentación aportada en el procedimiento de verificación del consentimiento al cambio de comercializador, de referencia IS/DE/020/22 y en el presente procedimiento, se demuestra que PEPE ENERGY no ha informado en documento individual e independiente conforme al modelo contenido en el anexo VII del RD 897/2017 de que la suscripción del nuevo contrato en mercado libre implicará que no resulte aplicable el bono social.

Asimismo, este extremo es confirmado por la propia PEPE ENERGY en sus alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, indicando que su procedimiento de contratación del suministro de electricidad no prevé otorgar dicha información al consumidor mediante el documento de renuncia a la aplicación del bono social, sino de forma verbal, solicitando a la distribuidora el cambio de comercializador de forma condicionada a la no aplicación del bono social y solamente en aquellos casos en los que la distribuidora rechaza el cambio por este hecho, PEPE ENERGY remite el documento, es decir, PEPE ENERGY confirma que no se trata de unos casos aislados, sino que la operativa habitual de contratación del suministro de electricidad de forma presencial por parte de PEPE ENERGY infringe de forma continuada el cumplimiento de esta obligación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial de la CNMC

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones graves por la infracción tipificada en el artículo 65.25 de dicha Ley.

En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la Resolución de este procedimiento.

Segundo. Procedimiento aplicable

Resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo II del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley del Sector Eléctrico, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador. Asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Tercero. Tipificación de los hechos probados

El artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones graves, *“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”*.

Por su parte, los artículos 45, 45 bis y 46 de la misma Ley desarrollan el derecho de los consumidores vulnerables al bono social y las obligaciones de los comercializadores de energía eléctrica en relación con el suministro, respectivamente. Así, en su artículo 46.1.j) de la Ley del Sector Eléctrico se recoge la obligación de *“j) Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente.”*

La normativa de desarrollo de las medidas de protección al consumidor se encuentra establecida en el 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. Así, en su artículo 5 se detallan las obligaciones de información para la protección al consumidor que cumpla los requisitos para ser considerado vulnerable.

Cuando un consumidor que esté acogido al bono social pretenda cambiarse al mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que la suscripción del nuevo contrato en el mercado libre comportará que no resulte de aplicación el bono social y añade el segundo párrafo del apartado 5 del citado artículo 5 del Real Decreto 897/2017 cómo se concreta esta exigencia. Así, el artículo 5.5 del RD 897/2017 establece que:

“Cuando un consumidor que esté acogido al bono social vaya a suscribir un contrato con un comercializador en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor, en el marco de las obligaciones recogidas en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social.

Esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII.

Del mismo modo, cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor 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.”

No hay duda al respecto de que el Real Decreto expresa la necesidad de que esta información conste en un documento por separado al determinar que la mencionada debe constar en documento individual e independiente, que llevará por título “Renuncia a la aplicación del bono social” y estar debidamente firmado por el consumidor para la válida suscripción del nuevo contrato. En el Anexo VII del citado precepto consta el modelo con el contenido de este escrito de renuncia.

Las obligaciones establecidas en el ejercicio de la función de comercialización están claramente definidas en la Ley del Sector Eléctrico, concretamente en su artículo 46, precepto que tipifica la infracción y su normativa de desarrollo, entendiéndose cumplido el principio de legalidad formal y de *lex certa* al resultar sencilla y directa la integración entre el tipo infractor y las obligaciones del comercializador (STS de 7 de junio de 2021, entre otras, que descarta la inconstitucionalidad del art.65.25 Ley del Sector Eléctrico). Todo ello, además de que el propio artículo 65.25 Ley del Sector Eléctrico refiere expresamente a las medidas de protección al consumidor, *en especial las relativas a los consumidores vulnerables*, cuya figura, precisamente, se regula en el RD 897/2017.

Sentado lo anterior, como se ha determinado en el Hecho Probado Único, la anterior medida de protección al consumidor no se ha observado en la contratación presencial del suministro de electricidad por parte de PEPE ENERGY, al menos, hasta la incoación del presente procedimiento sancionador, no habiendo sido informados los consumidores vulnerables en los términos previstos, esto es, constando en un documento por separado (individual e independiente con el título “Renuncia a la aplicación del bono social”) firmado por el consumidor para la válida suscripción del nuevo contrato debiendo ser anterior a éste.

Por lo expuesto, ha de concluirse que la conducta desarrollada por PEPE ENERGY y las circunstancias determinadas en el Hecho Probado son plenamente subsumibles en el tipo sancionador recogido en el artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el artículo 46.1.j) de la misma Ley y el Real Decreto 897/2017, dado que dicha conducta tipificada ha quedado acreditada y reconocida por PEPE ENERGY. En concreto, la comercializadora no informaba a los consumidores vulnerables con aplicación del bono social por parte de la comercializadora regulada saliente en los términos previstos por la normativa esto es para el momento de la contratación no aportaba a estos consumidores el documento individual e independiente referido ni recababa su firma, por lo que no son admisibles los argumentos esgrimidos por la comercializadora en sus alegaciones a la incoación en cuanto a la eventual falta de tipicidad y juridicidad de su conducta en el presente caso.

Cuarto. Culpabilidad de PEPE ENERGY en la comisión de la infracción

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

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

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

Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

La diligencia que es exigible a un comercializador a los efectos de desempeñar la actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, y en concreto, las relativas a la protección de los consumidores domésticos y vulnerables de energía eléctrica.

A tal fin, con carácter previo a la activación de cualquier contrato de suministro, es necesario que los comercializadores apliquen, con carácter previo a la contratación de cualquier contrato de suministro, los protocolos eficaces y suficientes que permitan al comercializador cumplir con las medidas establecidas en el art. 5.5 del RD 897/2017 de protección al consumidor, circunstancia que no ha tenido lugar, tal y como ha quedado acreditado en este procedimiento.

En el presente caso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución, PEPE ENERGY no ha observado dicha medida de protección de los consumidores.

Pese a las alegaciones a la incoación del sancionador, lo cierto es que la sancionada no ha implementado la obligación de información mediante documento de renuncia a la aplicación de bono social en las contrataciones presenciales. Es indiscutible que corresponde a la comercializadora entrante aplicar esta medida de protección a favor de los consumidores perceptores del bono social y, en consecuencia, debe ser esta comercializadora (PEPE ENERGY, en este caso) quien diseñe y aplique específicamente todas aquellas medidas que resulten eficaces para lograr la protección al consumidor que la normativa ha establecido. No es admisible el argumento de PEPE ENERGY en su escrito de alegaciones de la incoación de pretender hacer descansar esta obligación ni en el propio consumidor vulnerable ni en la distribuidora, dado que es obligación del comercializador entrante implementar las medidas de protección eficazmente con carácter previo a la contratación.

Por todo ello, debe considerarse que la actuación de PEPE ENERGY es reprochable, por lo que se le responsabiliza de la misma al menos a título de culpa.

Quinto. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la Propuesta de Resolución se indicaba que PEPE ENERGY como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la LPAC, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la Resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la Resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí.

Mediante ingreso efectuado a través del modelo 069, consta que PEPE ENERGY ha realizado el pago de la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de PEPE ENERGY y al haberse producido el pago voluntario de la multa a través del medio indicado por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de noventa y seis mil (96.000) euros, quedando en un total de cincuenta y siete mil seiscientos (57.600) euros.

Todo ello así resulta, debiéndose además dejar constancia de que el importe de la multa inicial respeta el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico, así como el principio de proporcionalidad de conformidad con los criterios citados en el artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico, a la vista del contenido y alcance del incumplimiento constatado en el Hecho Probado único.

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

RESUELVE

PRIMERO. — Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la propuesta del instructor, donde se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a PEPE ENERGY,

S.L. es responsable 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, como consecuencia del incumplimiento de la aplicación de las medidas de protección de los consumidores.

SEGUNDO. — Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de noventa y seis mil (96.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de cincuenta y siete mil seiscientos (57.600) euros, que ya ha sido abonada por PEPE ENERGY, S.L.

TERCERO. — Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON CARLOS AGUILAR PAREDES A LA RESOLUCIÓN SNC/DE/022/24

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, formulo el presente voto particular.
2. Su objeto es poner de manifiesto que, siendo el presente voto concurrente en cuanto a la calificación de los actos como una infracción grave de la LSE, en opinión de este Consejero respecto a la rebaja del tipo infractor a efectos de la multa, no procede la modificación de la calificación de la infracción a leve a efectos de la imposición de la sanción, al no quedar acreditada en la resolución una cualificada disminución de la culpabilidad del hecho sancionado. Por consiguiente, la multa impuesta debería estar dentro del arco establecido por la LSE para las infracciones graves.

Resumen del hecho probado recogido en el expediente.

3. PEPE ENERGY suscribió dos contratos de suministro de electricidad en fechas 20 de octubre y 21 de diciembre de 2021 para los CUPS [CONFIDENCIAL], respectivamente, sin cumplir la medida de protección de los consumidores consistente en informar expresamente a los consumidores acogidos al bono social de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social, aportándose dicha información en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII del RD 897/2017.
4. Este hecho ha quedado acreditado en la instrucción del procedimiento sancionador. Así, de la documentación aportada en el procedimiento de verificación del consentimiento al cambio de comercializador, de referencia IS/DE/020/22 y en el presente procedimiento, se demuestra que PEPE ENERGY no ha informado en documento individual e independiente conforme al modelo contenido en el anexo VII del RD 897/2017 de que la suscripción del nuevo contrato en mercado libre implicará que no resulte aplicable el bono social.
5. Asimismo, este extremo es confirmado por la propia PEPE ENERGY en sus alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, indicando que su procedimiento de contratación del suministro de electricidad no prevé otorgar dicha información al consumidor mediante el documento de renuncia a la

aplicación del bono social, sino de forma verbal, solicitando a la distribuidora el cambio de comercializador de forma condicionada a la no aplicación del bono social y solamente en aquellos casos en los que la distribuidora rechaza el cambio por este hecho, PEPE ENERGY remite el documento, es decir, PEPE ENERGY confirma que no se trata de unos casos aislados, sino que la operativa habitual de contratación del suministro de electricidad de forma presencial por parte de PEPE ENERGY infringe de forma continuada el cumplimiento de esta obligación.

Calificación de la infracción en el expediente.

6. La propuesta de resolución concluye que la conducta desarrollada por PEPE ENERGY y las circunstancias determinadas en el hecho probado son plenamente subsumibles en el tipo sancionador recogido en el artículo 65.25 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el artículo 46.1.j) de la misma Ley y el Real Decreto 897/2017, dado que dicha conducta tipificada ha quedado acreditada y reconocida por PEPE ENERGY. En concreto, la comercializadora no informaba a los consumidores vulnerables con aplicación del bono social por parte de la comercializadora regulada saliente en los términos previstos por la normativa, esto es, para el momento de la contratación no aportaba a estos consumidores el documento individual e independiente referido ni recababa su firma, por lo que no son admisibles los argumentos esgrimidos por la comercializadora en sus alegaciones a la incoación en cuanto a la eventual falta de tipicidad y juridicidad de su conducta en el presente caso.
7. Determina igualmente la resolución la culpabilidad de la conducta concluyendo que, pese a las alegaciones a la incoación del sancionador, lo cierto es que la sancionada no implementa en las contrataciones presenciales la obligación de información mediante documento de renuncia a la aplicación de bono social y así lo reconoce.
8. Añade la resolución que es indiscutible que corresponde a la comercializadora entrante aplicar esta medida de protección a favor de los consumidores perceptores del bono social y, en consecuencia, debe ser esta comercializadora (PEPE ENERGY, en este caso) quien diseñe y aplique específicamente todas aquellas medidas que resulten eficaces para lograr la protección al consumidor que la normativa ha establecido.
9. Coincide este Consejero en la afirmación realizada por la resolución en la que se advierte que no es admisible el argumento de PEPE ENERGY en su escrito de alegaciones de la incoación de hacer descansar esta obligación ni en el propio consumidor vulnerable ni en la distribuidora, dado que es obligación del comercializador entrante implementar las medidas de protección eficazmente con carácter previo a la contratación.

10. Por todo ello, considera la resolución que la actuación de PEPE ENERGY es reprochable, por lo que se le responsabiliza de la misma al menos a título de culpa de una infracción grave.
11. Por ello en el Fundamento de derecho primero se concluye que:

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones graves por la infracción tipificada en el artículo 65.25 de dicha Ley.

Respecto a la rebaja del tipo infractor a efectos de la multa.

12. El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por las infracciones graves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.
13. La resolución remite a la propuesta de resolución para justificar que la sanción impuesta es de 96.000 euros.
14. Dicha propuesta estima que la conducta infractora se atribuye a la PEPE ENERGY a título de negligencia culpable, sin que se haya apreciado una intención dolosa y aprecia una cualificada disminución de la culpabilidad atendiendo a que la infracción probada es de naturaleza formal y que la pérdida del bono social por parte de los consumidores acogidos al mismo se produjo en parte por la falta de rechazo del cambio de comercializador por parte de la distribuidora, debiendo en consecuencia proponer la imposición de una sanción correspondiente al grado inferior, esto es, correspondiente a la clase de infracciones leves.
15. No comparte este consejero esta apreciación. El hecho de que la distribuidora no rechazara el cambio de comercializador es completamente ajeno a la conducta sancionada, esto es, a la falta deliberada y consciente de la transmisión de información al consumidor vulnerable de sus derechos, así como a la omisión de la obligación de recabar el consentimiento de este antes de proceder a su cambio de comercializadora al mercado libre.
16. Esto es así por cuanto esa interpretación supedita la calificación como infracción grave a efectos de la sanción no a las acciones de la comercializadora entrante, como prevé la ley, sino a la distribuidora. Esta interpretación convierte al distribuidor en el responsable de modular el reproche infractor de las acciones de la distribuidora en cuanto a su calificación como infracción grave o leve a efectos de la sanción.

17. Bajo esta interpretación dos actos idénticos omisivos de la obtención del consentimiento informado del consumidor vulnerable merecerían reproches diferentes en términos de la apreciación de la culpabilidad del infractor en función de la actuación de un tercero completamente ajeno a las obligaciones establecidas por ley. Algo que contradice los principios de la lógica sancionadora.
18. El mayor alcance de la infracción del comercializador derivado de la acción del distribuidor deberá contemplarse en la valoración que la acción merezca en términos de los epígrafes a) y c) del artículo 67.4 de la Ley 24/2013, siendo estos los elementos que llevarían a determinar la cuantía de la sanción dentro del rango de las infracciones graves.
19. No analiza la resolución más allá de la referencia a la falta de una culpabilidad dolosa de la acción, otros los elementos que le lleven a concluir que existe una cualificada disminución de la culpabilidad o la antijuridicidad de la infracción.
20. A juicio de este Consejero, analizada la culpabilidad de la conducta y la acreditación de la misma debida la omisión consciente del procedimiento de protección al usuario vulnerable establecido por la ley, resulta imposible establecer una acusada disminución de la culpabilidad de la acción aludiendo a la intervención de un tercero para impedirlo sin incurrir en una incongruencia en la determinación de la culpabilidad del infractor.
21. La protección de los consumidores y la prevención de acciones unilaterales como la sancionada, que reconoce la inaplicación sistemática de las obligaciones de protección al consumidor vulnerable en las contrataciones presenciales, han sido previstas en la LSE estableciendo su incumplimiento dentro las infracciones graves. La ley establece un amplio margen para sancionar estas infracciones, acorde a la valoración de las circunstancias recogidas en el artículo 67.4, entre los 600.001 y los 6 Millones de euros.
22. El objetivo declarado de tal tipificación y de tales sanciones es conferir de una protección expresa a los consumidores que prevenga que se produzcan situaciones que pueden derivar en actuaciones unilaterales de la comercializadora cuyas consecuencias si bien pueden resultar en un beneficio limitado para la infractora resultan extremadamente gravosas para la capacidad económica los usuarios vulnerables a los que se busca proteger. Es la cuantía de las multas que la LSE ha estimado como proporcionada para sancionarlas la que supone, además de un elemento punitivo por las acciones realizadas, un incentivo a tomar todas las medidas que la ley establece para la correcta protección de los consumidores.

23. En resumen, no puede entenderse que la acción del distribuidor implique una cualificada disminución la culpabilidad de PEPE ENERGY en su obligación de informar de las consecuencias y recoger el consentimiento informado de los consumidores vulnerables acogidos al bono social antes de la suscripción de un nuevo contrato en mercado libre. Por ello, quedando acreditada la tipicidad, la antijurídica y la culpabilidad de infracción como correspondiente a una infracción grave, este Consejero considera que se debería imponer una sanción dentro del arco establecido para la infracciones graves (entre 600.001 y 6.000.000 de euros) atendiendo para su graduación a los elementos del artículo 67.4 de la LSE.

A tal efecto emito mi voto particular.